

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Les contacts entre candidats ou soumissionnaires et pouvoir adjudicateur postérieurement au dépôt des demandes de participation et des offres en adjudication et en appel d'offres**

Nihoul, Marc; Van Melsen, Renaud; Vandeburie, Aurélien

*Published in:*

Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2010-2011

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M, Van Melsen, R & Vandeburie, A 2011, Les contacts entre candidats ou soumissionnaires et pouvoir adjudicateur postérieurement au dépôt des demandes de participation et des offres en adjudication et en appel d'offres. Dans C De Koninck, P Flamey, P Thiel & B Demeulenaere (eds), *Jaarboek overheidsopdrachten - Chroniques des marchés publics 2010-2011*. EBP, Bruxelles, p. 627-658.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

---

**LES CONTACTS ENTRE CANDIDATS  
OU SOUMISSIONNAIRES ET POUVOIR  
ADJUDICATEUR POSTÉRIEUREMENT  
AU DÉPÔT DES DEMANDES DE  
PARTICIPATION ET DES OFFRES EN  
ADJUDICATION ET EN APPEL D'OFFRES**

**AURÉLIEN VANDEBURIE, RENAUD VAN MELSEN  
et MARC NIHOUL**

---



## RÉSUMÉ

La présente contribution tend à cerner les contours des contacts autorisés entre les acteurs à une procédure d'adjudication ou d'appel d'offres postérieurement au dépôt des plis. Elle analysera tout d'abord, de manière générale, l'articulation de ces contacts avec le principe d'égalité et d'autres exigences régissant l'action administrative, telles la proportionnalité ou l'obligation de se prononcer en connaissance de cause. Sont ensuite successivement examinés les régimes organisant de tels contacts, à savoir les dispositions relatives à la sélection qualitative, les mesures de correction des erreurs arithmétiques et purement matérielles, les éléments visant à préciser ou à compléter la teneur des soumissions et, enfin, l'invitation en vue de départager des offres équivalentes.

## SAMENVATTING

Huidige bijdrage beoogt de toegelaten contacten tussen de spelers in aanbestedings- en offerteaanvraagprocedures na de indiening van de aanvragen tot deelneming of de inschrijvingen, nader af te bakenen. Vooreerst wordt meer algemeen de verhouding besproken tussen deze contacten en het gelijkheidsbeginsel of andere vereisten, zoals het evenredigheidsbeginsel en de plicht te oordelen met voldoende kennis van zaken. Daarna komen de stelsels die voorzien in dergelijke contacten achtereenvolgens aan bod, m.n. de bepalingen inzake kwalitatieve selectie, de verbetering van rekenfouten of kennelijk materiële fouten, de toelichtingen ter precisering of aanvulling van de inhoud van een offerte en, tenslotte, de uitnodiging met het oog op de keuze tussen gelijkwaardige offertes.

☆☆☆

## PLAN

Introduction .....	629
I. L'articulation des contacts avec le principe d'égalité .....	630
II. Les régimes organisant des relations entre pouvoir adjudicateur et candidats ou soumissionnaires .....	634
A. Les contacts au stade de la sélection qualitative .....	634
B. Les contacts relatifs à la régularité des offres .....	643
1. La correction des erreurs matérielles ou purement arithmétiques .....	643
2. Les précisions concernant la régularité des offres .....	648
C. Les contacts au stade de la comparaison des offres .....	653
1. Les demandes tendant à faire préciser ou compléter la teneur des offres .....	653
2. L'équivalence des offres régulières .....	657
Conclusion .....	658

☆☆☆

## Introduction

**1. Objet** – En adjudication et en appel d'offres, l'intangibilité des plis remis, et partant l'interdiction des contacts avec leurs auteurs dès ce moment, est de principe afin d'assurer une stricte égalité de traitement. La question du contours des exceptions admises revêt dès lors une importance considérable tant pour les candidats ou soumissionnaires, qui peuvent en attendre une certaine clémence ou vouloir contester celle témoignée à leurs concurrents, que pour les pouvoirs adjudicateurs, soucieux pour des raisons souvent légitimes de ne pas sacrifier inutilement une candidature ou une offre qui paraît prometteuse.

Cette pratique doit néanmoins se concilier avec l'exigence fondamentale d'égalité, qui sous-tend la réglementation relative aux marchés publics.

**2. Structure et champ de l'analyse** – La présente contribution cherchera à cerner tout d'abord, dans une perspective plus générale, l'incidence de ce principe sur l'admissibilité des rapports de l'entité adjudicatrice avec les concurrents en lice, ainsi que l'articulation entre celui-ci et d'autres exigences qui, telles la proportionnalité ou l'obligation de se prononcer en connaissance de cause, appellent à une sévérité moindre (I). Une seconde partie sera consacrée aux différents régimes organisant des contacts entre candidats ou soumissionnaires et pouvoir adjudicateur après le dépôt des plis, dans les secteurs classiques et spéciaux (II). Seront successivement examinés les dispositions relatives à la sélection qualitative (A), les mesures de correction des erreurs arithmétiques et purement matérielles (B.1), les éléments visant à préciser ou à compléter la teneur des soumissions (B.2 et C.1) et, enfin, l'invitation en vue de départager des offres équivalentes (C.2).

L'analyse ne s'attachera en revanche pas à la demande de justification de prix *prima facie* anormaux<sup>1255</sup>, formalité obligatoire visant à contrôler la réalité d'un élément repris dans l'offre plutôt qu'à remédier aux carences, aux imprécisions ou aux erreurs des soumissions. Sont également exclues les observations jointes à l'offre, au moment de sa remise et non après celle-ci, notamment pour justifier les modifications que le soumissionnaire a apportées au métré récapitulatif.<sup>1256</sup> Cette contribution ne traitera pas davantage des éléments, tenant à la situation propre d'un opérateur qu'il fournit, même sur demande postérieure à la remise

<sup>1255</sup> Articles 110, §53 et 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, M.B., 26 janvier 1996 (ci-après l'«A.R. n° 1») et 98, §53 et 4, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, M.B., 26 janvier 1996 (ci-après l'«A.R. n° 2»). Sur cette question, voy. récemment N. KIEKENS, «Beoordeling en vergelijking van de offertes», in D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2009, pp. 790-808, n° 1433-1478.

<sup>1256</sup> Articles 96, §2, 112 et 114, §2, de l'A.R. n° 1 et 84, §2, 100 et 102, §2, de l'A.R. n° 2. Sur cette question, voy. notamment N. KIEKENS, «Beoordeling en vergelijking van de offertes», op. cit., pp. 813-816, n° 1490-1501; B. SCHUYTSE et T. VILT, «Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen», in D. D'HOOGHE (éd.), *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 734-737, n° 1304-1312.

des offres, afin d'échapper à l'écartement en raison de son implication (ou de celle d'une entreprise liée à lui) dans la préparation du marché convoité.<sup>1257</sup>

Enfin, la présente contribution n'aborde pas la procédure négociée, où les offres peuvent, par définition, être remaniées et prévaut dès lors une latitude sensiblement plus étendue pour les préciser, les compléter voire les modifier<sup>1258</sup> que dans les procédures formalisées.

## I. L'articulation des contacts avec le principe d'égalité

**3. Intangibilité des candidatures et des offres** – Le principe de l'intangibilité des plis commande l'interdiction de tout contact entre pouvoir adjudicateur et candidats ou soumissionnaires postérieurement à leur dépôt. Ce principe découle lui-même de l'exigence d'égalité de traitement, largement consacrée en jurisprudence.<sup>1259</sup> Il ne reçoit d'exception qu'en présence d'une disposition contraire<sup>1260</sup>, par définition d'interprétation stricte.<sup>1261</sup> Et encore la mise en œuvre de la disposition dérogatoire doit-elle être dûment justifiée, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination.

**4. Bonne administration dérogatoire ?** – La question se pose néanmoins de savoir s'il ne faut pas concilier l'exigence d'égalité avec les principes généraux de bonne administration et, notamment, l'obligation qui repose sur l'administration de se prononcer en pleine connaissance de cause.<sup>1262</sup> Or, comment le

1257 Articles 78 de l'A.R. n° 1 et 65 de l'A.R. n° 2. Sur cette question, voy. notamment K. RONSE, « De selectie », in D. D'HOOGHE (éd.), op.cit., pp. 392-396, n° 634-638; E. THIRIAUX et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence 2008 des marchés publics (Cour de Justice des Communautés européennes, Conseil d'Etat, Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire (2<sup>ème</sup> partie) », *Entr. & dr.*, 2010, pp. 237-238).

1258 Voy. notamment C.E., *n.v. Brasschaat Financial Holding*, 6 mars 2008, n° 180.547, point 24.3; Y. CABLY et R. DE PESSEMIER, « Vous négociez ? Le Conseil d'Etat vous surveille... », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, op. cit., pp. 690-693, n° 28-31; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », op. cit., pp. 838-839, n° 1553; B. SCHUYSEN et T. VULLE, « De gunning van overheidsopdrachten na onderhandelingen tussen de partijen », *Chronique des marchés publics 2007-2008*, Bruxelles, EBP, 2008, pp. 585-587 et 595-597, n° 71-75 et 93-99.

1259 C.E., *s.a. Win*, n° 181.487, 26 mars 2008; C.E., *b.v.b.a. Asimex*, n° 197.090, 20 octobre 2009, point 13 in fine, Impl.; C.J.C.E., *Commission c. Belgique (bus wallons)*, 25 avril 1996, C-87/94, point 56 : « lorsqu'une entité adjudicatrice prend en compte une modification apportée aux offres initiales d'un seul soumissionnaire, ce dernier est avantagé par rapport à ses concurrents, ce qui porte atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et nuit à la transparence de la procédure » et conclusions de l'avocat général Lenz du 12 septembre 1995 précédant cet arrêt, points 29 et 30.

1260 Tels les articles 115, avant-dernier alinéa, de l'A.R. n° 1 et 103, avant-dernier alinéa, de l'A.R. n° 2, aux termes desquels « Le pouvoir adjudicateur ne prend contact avec les soumissionnaires que pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre ». Sur cette disposition, voy. *infra*, n° 24 à 39.

1261 C.E., *s.a. Win*, n° 181.487, 26 mars 2008, Impl. : « l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, (...) contraint le pouvoir adjudicateur à solliciter les renseignements complémentaires concernant les prix anormalement bas et qu'il permet d'agir de même en ce qui concerne les autres irrégularités ; que cette disposition ne permet pas de rompre la règle de traitement égal des soumissionnaires en permettant au pouvoir adjudicateur de négocier avec l'un d'eux postérieurement à l'ouverture des offres » ni la « correction même de l'offre » ; C.E., *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*, n° 209.381, 1<sup>er</sup> décembre 2010, point 13, Impl.

1262 K. LEUS, « Het zorgvuldigheidsbeginsel », in I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 101 à 129; A. BOSSUYT, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *J.T.*, 2005, pp. 725 à 736 et « Les principes généraux du droit

pouvoir adjudicateur peut-il se prononcer de manière éclairée s'il est conscient qu'un élément important voire déterminant fait défaut dans les ou certaines candidatures ou offres ?

Le principe général de droit considéré permettrait, le cas échéant, un contact entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires postérieurement au dépôt des offres, et cela en marge des textes, c'est-à-dire en l'absence d'interdiction expresse.

Si la jurisprudence, bien établie, du Conseil d'Etat, partagée par ailleurs par certains auteurs<sup>1263</sup> conclut à l'inapplicabilité, en matière de marchés publics, des droits de la défense et du principe d'audition préalable<sup>1264</sup>, il ne semble pas exister de décisions (publiées)<sup>1265</sup> acceptant une prise de contact sur la base du principe de bonne administration.

Nous estimons que le principe général de bonne administration ne peut fonder une prise de contact en marge du cadre légal en cette matière.

Cette opinion est motivée par le principe de hiérarchie des normes et le rang de la règle d'égalité de traitement en matière de marchés publics, par rapport aux principes de bonne administration. Si l'interrogation des candidats ou soumissionnaires est généralement prévue par une disposition réglementaire à laquelle les principes du droit administratif peuvent déroger, le principe d'égalité

en droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Au-delà de la loi ? Actualité et évolutions des principes généraux du droit*, Anthems, Louvain-la-Neuve, 2006, pp. 161 à 187.

1263 D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, pp. 466 et 467, n° 1229, au motif aujourd'hui contestable selon lequel le principe *audi alteram partem* ne concerne que les cas dans lesquels les mesures prises sont fondées sur le comportement de leur destinataire : « Wanneer een offerte onregelmatig wordt verklaard, gebeurt dit echter op grond van gebreken in de offerte zelf en niet op grond van tekortkomingen in het gedrag van de inschrijver » (p. 467). Cependant l'hypothèse particulière du rejet unilatéral de la force probante d'un document déposé, abordée au point 1231 jurisprudence à l'appui ; N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », op. cit., pp. 783-784, n° 1414, qui souligne le champ d'application croissant de la règle d'audition préalable en raison de sa relation avec le devoir de minutie.

1264 La jurisprudence évoque plutôt les droits de la défense pourtant réservés au domaine disciplinaire et des sanctions administratives à caractère pénal : C.E., *s.a. Imprimerie et Publicité du Marais*, n° 159.136, 23 mai 2006 au motif « qu'une décision constatant l'irrégularité technique d'une offre déposée dans le cadre d'une procédure de marché public n'est pas une sanction disciplinaire ou une mesure grave prise en raison du comportement du soumissionnaire » ; C.E., *s.a. Caropose*, n° 176.827, 14 novembre 2007 sans autre motif que « le principe des droits de la défense n'est pas applicable à la procédure d'attribution d'un marché public » (la requérante invoquait aussi « l'égalité de traitement des soumissionnaires en clarifiant des situations susceptibles d'engendrer a posteriori des fraudes au détriment de l'administration », mais tardivement selon le Conseil d'Etat s'agissant d'une règle qui n'est pas d'ordre public) ; C.E., *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*, n° 209.381, 1<sup>er</sup> décembre 2010, point 13 au motif contestable selon lequel « De hoortplicht als beginsel van behoorlijk bestuur lijkt slechts toepassing te vinden bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm ».

1265 Voy., également, à tout le moins implicitement : Cass., 1<sup>er</sup> octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 541 : « Il suit des [articles 14, 20 et 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services] que lorsque la soumission est nulle, parce qu'elle déroge aux clauses essentielles du cahier des charges, telles que les prix, les délais et les conditions techniques, l'administration doit considérer cette soumission comme irrégulière et partant comme nulle et non avenue et que ce n'est qu'en cas d'écartement de la soumission en raison du caractère apparemment anormal du prix que l'administration est tenue, avant d'y procéder, d'inviter le soumissionnaire à fournir une justification et d'examiner la justification ainsi fournie » (nous soulignons). Dans le même sens : Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 369.

est, quant à lui, de valeur constitutionnelle et même, pour les marchés soumis au droit de l'Union, de rang supranational. Dans un cas comme dans l'autre, ils priment par conséquent les principes généraux précités, de droit interne et de valeur réglementaire.

**5. Proportionnalité en jurisprudence européenne** – Encore faut-il concilier, le cas échéant, et pour être totalement conséquent, le principe d'égalité avec la jurisprudence européenne qui tend à faire admettre un opérateur à élever ses observations avant de rejeter sa candidature ou son offre. Le principe d'égalité n'est en effet pas d'ordre « constitutionnel » en droit européen, mais ressortit au droit primaire.<sup>1266</sup> Le principe d'égalité tient par ailleurs à l'essence des directives en matière de marchés publics.<sup>1267</sup>

Pour l'heure, c'est toutefois exclusivement lorsque la procédure prévoit explicitement la faculté de demander des précisions sur le contenu des offres que, par une sorte d'application combinée des principes de proportionnalité<sup>1268</sup>, de bonne administration, de prudence et d'égalité, que la jurisprudence européenne tend aujourd'hui à limiter le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur quant à l'usage de cette possibilité. Il serait injuste, en quelque sorte, de rejeter purement et simplement les candidatures ou les offres sans autre forme d'investigation lorsque les ambiguïtés de celles-ci peuvent être aisément levées ou s'expliquer<sup>1269</sup>, ce qui est généralement le cas des erreurs maté-

1266 Voy. notamment C.J.C.E., *SECAP SpA et Santorso Soc. coop. ari*, C-147/06 et C-148/06, 15 mai 2008, point 20; C.J.C.E., *Commission c. Italie*, 21 février 2008, C-412/04, point 82; C.J.U.E., *Ernst Engelmann*, 9 septembre 2010, C-64/08, points 49, 51 et 52.

1267 Voy. notamment C.J.C.E., *Commission c. Belgique (bus wallons)*, 25 avril 1996, C-87/94, point 51 : « il y a lieu de rappeler que, dans l'arrêt du 22 juin 1993, dit « Storebaelt », *Commission/Danemark* (C-243/89, Rec. p. I-3353, point 33), la Cour a estimé que le devoir de respecter le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires correspond à l'essence de la directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5) »; C.J.C.E., s.a. *Fabricom*, 3 mars 2005, C-21/03 et C-34/03, point 26; C.J.C.E., *Commission c. Belgique*, 23 avril 2009, C-292/07, point 109.

1268 Le principe de proportionnalité exige en effet que les actes des pouvoirs publics ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs poursuivis et que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante (voy. notamment C.J.C.E., *National Farmers' Union e.a.*, 5 mai 1998, C-157/96, point 60).

1269 Voy. T.P.I.C.E., *Tideland Signal c. Commission*, 27 septembre 2002, T-211/02, points 37-39 en ce qui concerne la durée de validité erronée d'une offre; T.P.I.U.E., *Antwerpse Bouwwerken NV c. Commission européenne*, 10 décembre 2009, aff. T-195/08, points 55-59 concernant des prix manquants pour certains postes du métré récapitulatif joints aux offres de soumissionnaires, seuls contactés après le dépôt des offres (arrêt de rejet); T.P.I.U.E., *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoloniou Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT)*, 9 septembre 2010, T-63/06, points 97-98 en l'absence d'erreur matérielle manifeste invoquée dans une offre trop générale (arrêt de rejet). En faveur de cette jurisprudence parfois citée partiellement, voy. A. L. DURVAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 386 et 460-461, n° 360 et 428; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 171, n° 133, Impl. Comp. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 495-496 et 540-544, n° 7.91, 7.92 et 7.149 à 7.152.

A noter que l'étendue des implications du principe de proportionnalité en jurisprudence européenne est parfois difficile à anticiper et pourrait un jour fonder une obligation générale, dans le chef des autorités adjudicatrices, de permettre au soumissionnaire de faire valoir ses observations avant de l'écarter. Voy. C.J.C.E., s.a. *Fabricom*, 3 mars 2005, C-21/03 et C-34/03 et conclusions contraires

rielles. Obligation est donc faite à l'autorité adjudicatrice d'exercer son pouvoir d'investigation, le cas échéant, du moins dans des circonstances où il est à la fois clairement possible matériellement et nécessaire d'obtenir des précisions concernant une offre.

Encore faut-il qu'un texte prévienne expressément cette faculté<sup>1270</sup>, qu'il s'agisse de la législation *sensu largo*, du cahier des charges ou du règlement d'évaluation.

**6. Egalité en cas de dérogation** – Le principe d'égalité n'a pas pour seule portée d'exclure tout contact postérieur au dépôt des candidatures ou des offres sauf dérogation expresse. En présence de pareille disposition, il contraint le pouvoir adjudicateur à traiter de manière identique tous les soumissionnaires, à condition qu'ils se trouvent dans une situation similaire. Se pose, dans ce contexte, la délicate question de savoir si l'autorité a l'obligation de contacter tous les candidats ou soumissionnaires dont la demande de participation ou l'offre appelle des interrogations sur certains points, même différents, ou s'il peut se limiter à contacter exclusivement ceux dont la candidature ou la soumission est affectée du même problème.

En pratique, l'appréciation dépendra bien entendu des circonstances particulières. Mais est acquis, quant à lui, le principe selon lequel la mise en œuvre de la faculté prévue (et partant autorisée) par les textes ne dispense pas du respect

de l'avocat général Léger, 11 novembre 2004, spéc. point 36, concernant la législation belge : est disproportionnée l'exclusion systématique par la réglementation de toute demande de participation ou remise d'une offre pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services par une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, sans que soit laissée à cette personne la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence, de même que la possibilité de refuser, pour l'entité adjudicatrice et jusqu'à la fin de la procédure d'examen des offres, que participe à la procédure, ou remette une offre, l'entreprise liée à toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services, alors que, interrogée à cet égard par le pouvoir adjudicateur, cette entreprise affirme qu'elle ne bénéficie pas de ce chef d'un avantage injustifié de nature à fausser les conditions normales de la concurrence; C.J.C.E. (gr. ch.), *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiltoileorasis e.a.*, 16 décembre 2008, C-213/07, en ce qui concerne l'incompatibilité irréfragable, et partant disproportionnée (point 63), établie par la législation grecque entre le secteur des médias d'information et celui des marchés publics : « le droit communautaire doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition nationale qui, tout en poursuivant les objectifs légitimes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, instaure une présomption irréfragable d'incompatibilité entre la qualité de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise exerçant une activité dans le secteur des médias d'information et celle de propriétaire, d'associé, d'actionnaire majeur ou de cadre dirigeant d'une entreprise qui se voit confier par l'État ou une personne morale du secteur public au sens large l'exécution de marchés de travaux, de fournitures ou de services » (point 69). Il convient, à tout le moins, de laisser la possibilité à ceux-ci de démontrer, face à d'éventuels indices mis en avant, que, dans leur cas, il n'existe pas de risques réels de fausser la concurrence ni sur le plan de la transparence, qui pourraient naître de la présence, parmi les soumissionnaires, d'un opérateur exerçant une activité dans le secteur des médias d'information ou entretenant des liens avec une personne impliquée dans ce secteur, ou encore de fraude et de corruption (points 60 et 63).

1270 Il s'agit parfois d'une obligation trouvant sa source dans les directives, auxquelles les Etats membres ne peuvent pas déroger de manière substantielle, telle celle d'interroger le soumissionnaire avant d'écarter son offre en raison de l'anormalité de ses prix. Voy. à ce sujet C.J.C.E., *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, 22 juin 1989, C-103/88; T.P.I.C.E., *Belfass SPRL c. Conseil de l'Union européenne*, 21 mai 2008, T-495/04.

de la règle d'égalité dans sa mise en œuvre, jusque dans les informations transmises ou demandées et les délais de réponse impartis, ce qui doit pouvoir se vérifier sur pièces.<sup>1271</sup>

Il conviendra par exemple de mesurer l'importance, eu égard au marché considéré, des points nécessitant des éclaircissements. A importance équivalente ou similaire, il serait illégal de limiter les contacts sur un point à l'exclusion des autres. *A fortiori* convient-il d'interroger tous les soumissionnaires dont les offres présentent des difficultés d'interprétation portant sur un même point.<sup>1272, 1273</sup>

Pourraient être traitées différemment, en revanche, des candidatures ou des offres qui ne seraient pas admissibles pour d'autres motifs, notamment des éléments auxquels il ne peut être remédié par le biais de l'interrogation. Tel est le cas, par exemple, des irrégularités techniques avérées, l'interrogation ne pouvant dans tous les cas conduire à modifier l'offre déposée.<sup>1274</sup> Ces demandes de participation ou soumissions pourraient être exclues du processus d'interrogation sous l'angle de la règle d'égalité, ce principe n'obligeant à traiter de manière identique que des situations similaires.

## II. Les régimes organisant des relations entre pouvoir adjudicateur et candidats ou soumissionnaires

### A. Les contacts au stade de la sélection qualitative

7. Généralités – L'on sait qu'aux fins d'évaluer la capacité des candidats ou soumissionnaires et l'absence de causes d'exclusion, un pouvoir adjudicateur peut prescrire la remise de certains documents, à indiquer dans l'avis de marché<sup>1275</sup>, parmi ceux qui, sauf en ce qui concerne la capacité financière et écono-

1271 C.E., *n.v. MSA Belgium*, n° 165.234, 28 novembre 2006, point 2.2.3 concernant la remise de rapports de tests après la décision d'attribution, dans des circonstances de contact restées mystérieuses, alors qu'un délai très strict d'une semaine avait été imparti à la requérante, dans le cadre d'un marché de fournitures de matériel de soufflerie.

1272 T.P.I.U.E., *n.v. Antwerpse Bouwwerken c. Commission européenne*, 10 décembre 2009, T-195/08, point 80. Rapp. T.P.I.C.E., 27 septembre 2002, *Tideland Signal c. Commission*, T-211/02, point 38; T.P.I.U.E., *Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE c. Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (OEDT)*, 9 septembre 2010, T-63/06, point 102.

1273 C.E., *s.a. Arces*, n° 154.364, 31 janvier 2010 : « en n'invitant pas la requérante à fournir des précisions sur un élément de son offre soulevant une difficulté d'interprétation alors que le même élément présentant à tout le moins les mêmes difficultés dans l'offre de la SMAP a fait l'objet d'une demande d'informations auprès de ce soumissionnaire, la partie adverse a violé le principe d'égalité. Dans cette affaire, qui concernait un marché d'assurances, le point éclairci portait sur le paiement de la prime à terme échou, comme prévu par le cahier spécial des charges, ou par anticipation comme le laissaient entendre, dans les deux cas, les documents remis. Le Conseil d'Etat semble considérer l'imprécision plus grande de l'offre ayant fait l'objet d'une demande d'informations comme un facteur aggravant alors que dans certaines circonstances il pourrait en aller différemment.

1274 Voy. à cet égard *infra*, n° 30.

1275 Relevons que le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'en cas de disparité entre les références exigées dans l'avis de marché et dans le cahier spécial des charges, il y lieu d'avoir égard, mais dans le cas

mique, sont limitativement énumérés par les arrêtés d'exécution.<sup>1276</sup> Dans les seuls secteurs classiques, la réglementation interne permet au pouvoir adjudicateur d'« inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés [en vue de la sélection qualitative] ou à les expliciter », que ce soit dans les marchés de travaux, de fournitures ou de services.<sup>1277</sup> La directive régissant ces secteurs prévoit également un tel mécanisme.<sup>1278</sup>

En revanche, aucune disposition n'organise spécifiquement la question dans les secteurs dits spéciaux<sup>1279</sup>, comme le Conseil d'Etat a eu l'occasion de le rappeler récemment.<sup>1280</sup> Dans les marchés passés par procédure ouverte, un tel pouvoir nous paraît cependant découler de la règle autorisant des contacts avec les soumissionnaires « pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre », que connaissent également les secteurs spéciaux.<sup>1281</sup> En outre, les règles particulières relatives aux documents accessibles par voie électronique s'appliquent également à ces secteurs, en procédure ouverte comme restreinte.<sup>1282</sup>

8. Documents manquants – L'on peut s'interroger sur l'attitude à adopter par le pouvoir adjudicateur en présence de candidatures ou d'offres lacunaires sur le plan des documents de sélection. La question présente une importance particulière, la jurisprudence récente du Conseil d'Etat considérant, à raison selon nous, « que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre [des] références [exigées] est substantielle ou non, est sans pertinence et que, parce que le pouvoir adjudicateur a « entendu » les obtenir en le précisant dans l'avis de marché, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé ». <sup>1283</sup>

d'espèce uniquement, « à la liste figurant dans l'avis de marché et non à celle, moins large, prévue par le cahier spécial des charges » (C.E., *s.a. Genetec*, 24 juin 2009, n° 194.625).

1276 Voy. notamment D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 356, n° 887; P. FLAMEY et J. BOSQUET, « De selectiebeslissing inzake overheidsopdrachten in het licht van het transparantiebeginsel », *Entr. & dr.*, 2010, pp. 352-353, n° 10-11; P. FLAMEY et J. GHYSELS, « Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten (II) », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 468, 481 et 482, n° 22, 47 et 53; K. RONSE, « De selectie », in D. D'HOOGHE (éd.), op.cit., pp. 328-329 et 348, n° 569 et 587; R. VAN MEUSEN, « Aperçu de jurisprudences de la Cour de Justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat en matière de passation de marchés publics (2003-2007) », *C.D.P.K.*, 2007, p. 530, n° 16.

1277 Articles 20, § 3, (marchés de travaux), 46, § 3, (marchés de fournitures) et 72, § 4, (marchés de services) de l'A.R. n° 1.

1278 Article 51 de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

1279 Ni l'A.R. n° 2, ni la Directive 2004/17/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, qui ne ne réglemente que sommairement la sélection qualitative, ne prévoient en effet de disposition similaire.

1280 « [L'article 16 [de l'A.R. n° 2] ne contient pas une règle semblable à l'article 20, § 3, de l'A.R. n° 1 selon lequel « le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés ou à les expliciter » (C.E., *s.a. Collignon Eng*, n° 160.374, 21 juin 2006).

1281 Sur cette question, voy. *infra*, n° 24 à 39.

1282 Sur ce régime, voy. *infra*, n° 16.

1283 C.E., *s.a. Entreprises Philippe Rousseaux*, n° 97.319, 29 juin 2001; voy. également C.E., *s.a. Varec*, n° 108.956, 8 juillet 2002 (« que tous et chacun des documents requis par [...] cahier spécial des charges pour prouver la capacité technique du soumissionnaire étaient nécessaires, et que le défaut d'un seul suffisait à justifier une décision de non-sélection »); C.E., *s.a. Collignon Eng*, n° 160.374, 21 juin 2006;



Quoi qu'en pense la Cour des comptes, qui adopte une approche restrictive de la réglementation en vigueur<sup>1284</sup>, la jurisprudence permet, au moins implicite-ment, à un candidat ou un soumissionnaire d'encore produire, sur demande<sup>1285</sup>, les attestations et certificats exigés qu'il n'aurait pas joints à sa demande de participation ou à son offre déposée.<sup>1286</sup> La pratique administrative est par ailleurs fixée en ce sens.<sup>1287</sup>

La position rigide de la Cour de comptes se fonde sur une interprétation contestable des textes, dont une autre lecture, répondant davantage aux besoins de la pratique, est possible. A l'inverse, permettre, sans limite, à un soumissionnaire

de déposer des documents manquants même sur demande du pouvoir adjudicateur, pourrait constituer une violation du principe d'égalité.

Dans ces conditions, la distinction entre les contacts autorisés et interdits doit à notre sens s'opérer sur la base de l'interdiction générale de modifier les candidatures ou les offres postérieurement à la date ultime de dépôt. Dans la mesure où les documents de sélection se rapportent à des éléments objectifs sur lesquels les opérateurs n'ont pas de prise et n'appellent pas de préparation particulière, la production ultérieure de nouvelles pièces ne s'analyse pas en une modification, prohibée, de la demande de participation ou de la soumission et est partant admissible.<sup>1288</sup>

**9. Documents incomplets, imprécis ou ambigus** – La réglementation relative aux secteurs classiques autorise également le pouvoir adjudicateur à inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou à préciser les documents présentés au titre de la sélection qualitative. On peut ainsi songer à des déclarations, attestations ou certificats qui ne comporteraient pas l'ensemble des mentions prescrites par les documents du marché<sup>1289</sup> ou dont la portée, et notamment la conformité aux exigences annoncées, apparaîtrait incertaine<sup>1290</sup>, spécialement lorsque le cahier spécial des charges ne définit pas le mode de preuve admissible.<sup>1291</sup>

**10. Faculté, dans les limites des exigences d'égalité, de bonne administration et de motivation** – La Haute juridiction administration rappelle régulièrement que ce pouvoir constitue une simple faculté dont le pouvoir adjudicateur décide en règle librement d'user ou non et qui, partant, n'ouvre par elle-même aucun droit aux candidats ou soumissionnaires.<sup>1292</sup>

La discrétion de l'autorité connaît cependant certains tempéraments.

Tout d'abord, comme il a été dit<sup>1293</sup>, la règle d'égalité de traitement commande en principe à l'entité adjudicatrice qui décide d'en faire usage d'étendre l'in-

C.E., n.v. Mediatrader, n° 206.853, 29 juillet 2010, point 9 (« *Alhoewel het bestek in casu niet uitdrukkelijk bepaalt dat de voornoemde stukken op straffe van onregelmatigheid, nletigheid of niet-selectie worden voorgeschreven, wordt in de huidige stand van het geding aangenomen dat het bestuur tot de niet-selectie kan besluiten op grond van de loutere vaststelling dat een in het kader van de kwalitatieve selectie uitdrukkelijk gevraagd en verplicht bij de offerte te voegen stuk door de inschrijver niet werd bijgevoegd* »). La Haute Juridiction administrative s'est expliquée de la différence existant sur ce plan entre les régimes de sélection et de régularité, lequel distingue entre les manquements substantiels et relatifs, en relevant que « la sélection qualitative comporte une appréciation des aptitudes d'une entreprise en tant que telle, indépendamment du contenu de son offre; la régularité d'une offre sert à déterminer quelles sont, parmi les offres déposées, celles qui pourront être comparées et évaluées; qu'il s'ensuit que les renseignements et les documents qui doivent être annexés à l'offre n'ont pas la même finalité selon qu'ils ont trait à la sélection d'un soumissionnaire ou à la régularité de l'offre » (C.E., s.a. Genetec, n° 194.625, 24 juin 2009).

1284 Celle-ci s'oppose à la production de ces documents manquants et estime qu'au regard des textes, « [i]l est [...] seulement permis de faire compléter ou expliciter des documents déjà reçus et dont l'examen révèle qu'ils sont incomplets ou peu clairs; par contre, il n'est pas permis de réclamer, dans le cours de la procédure de sélection qualitative, des documents demandés mais non transmis » (Cour des comptes, 158<sup>ème</sup> cahier, Observations et documents soumis à la Chambre des représentants, session 2001-2002, p. 153).

1285 Sur le sort à réserver aux documents ou précisions complémentaires relatives à la sélection fournies d'initiative par un candidat ou un soumissionnaire postérieurement à la date de remise des demandes de participation ou des offres, voy *infra*, n° 17.

1286 C.E., n.v. Verheyen Graphics, n° 192.274, 9 avril 2009, point 23 (possibilité de demander les engagements de tiers manquants); C.E., s.a. Genetec, n° 194.625, 24 juin 2009, (« qu'il ressort du dossier administratif que [l'adjudicataire] a déposé une liste de références et des attestations signées relatives à des services équivalents ou similaires exécutés au cours des trois dernières années, en tout cas à un moment où la partie adverse pouvait, par application de l'article 72, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, « inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter les certificats et documents présentés » »); C.E., s.a. Etablissements Maurice Wanty et s.a. T.R.B.A., n° 200.316, 1<sup>er</sup> février 2010, impl.; comp. C.J.C.E., La Cascina et Zilch, 9 février 2006, C-226/04 et C-228/04, points 31 et 36 (« une réglementation ou une pratique administrative nationale suivant lesquelles, en cas de mesures de clémence ou d'amnistie fiscale ainsi qu'à la suite d'un arrangement administratif, les candidats concernés sont considérés être en règle avec leurs obligations aux fins de leur admission à une procédure de passation d'un marché, n'est pas incompatible avec [...] la directive, à la condition que, dans le délai [que détermine le droit national et pouvant être, notamment, la date limite du dépôt de la demande de participation au marché, la date d'envoi de la lettre d'invitation à déposer une offre, la date limite du dépôt des offres des candidats, la date d'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur ou, encore, le moment qui précède immédiatement l'attribution du marché], [ces candidats] puissent apporter la preuve d'avoir bénéficié de mesures de clémence ou d'amnistie fiscale ou d'un arrangement administratif concernant leurs dettes »); voy. également en ce sens C. De Koninck, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren)* – Algemeen inleiding – Gunning van overheidsopdrachten, Antwerpen, Maklu, 2004, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 182-183, n° 6.1; P. Thiel, *Mémento des marchés publics et des PPP*, Bruxelles, Kluwer, 2011, 10<sup>ème</sup> éd., p. 279, n° 180.

1287 Différentes circulaires, analysées plus loin, adoptent cette approche (circulaire du Premier ministre du 10 février 1998 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, M.B., 13 février 1998, p. 4216, n° 3.6; circulaire de la Région wallonne du 21 mai 2001 relative à la sélection qualitative des entrepreneurs, des fournisseurs et des prestataires de services, M.B., 18 juillet 2001, p. 24.524, n° 2.1).

1288 Sur cette question, voy. également *infra*, n° 30.

1289 Tels des certificats appuyant les références invoquées qui n'indiqueraient pas le montant ou l'époque des prestations exécutées ou les données techniques relatives au matériel, à l'outillage ou à l'équipement vanté.

1290 Voy. C.E., s.a. Les Entreprises Louis De Waele e.a., n° 192.188, 2 avril 2009, où le pouvoir adjudicateur a demandé des précisions relatives à une référence non signée et qui ne permettait pas de déterminer si elle se rapportait bien à des travaux réalisés soit par l'entreprise candidate, soit par des filiales ou des sous-traitants produisant l'engagement prescrit, comme requis par l'avis de marché publié; C.E., b.v.b.a. Estate And Landscape Management, n° 189.133, 23 décembre 2008, point 8.2, à propos du doute quant à la date d'achèvement de la référence invoquée, difficilement lisible sur le certificat présenté appuyant celle-ci.

1291 C.E., s.a. S.P.E., n° 210.160, 28 décembre 2010, concernant une espèce où la requérante avait joint une déclaration sur l'honneur attestant de la conclusion requise des conventions d'accès aux réseaux de distribution d'électricité, écartée par le pouvoir adjudicateur en raison de son défaut de force probante.

1292 C.E., s.a. Entreprises Philippe Rousseaux, n° 97.319, 29 juin 2001; C.E., s.a. Abatir, n° 101.493, 5 décembre 2001; C.E., n.v. Wannyn, n° 181.877, 10 avril 2008; C.E., s.a. Etablissements Maurice Wanty et s.a. T.R.B.A., n° 200.316, 1<sup>er</sup> février 2010; C.E., n.v. Mediatrader, n° 206.853, 29 juillet 2010, points 9 et 11.

1293 Voy. *supra*, n° 6.

terrogation à l'ensemble des candidats ou soumissionnaires dont l'offre ou la candidature est entachée de carences ou d'imprécisions.

Nous paraissent problématiques à cet égard les différentes circulaires qui incitent à restreindre l'interrogation en fonction d'une première appréciation opérée au regard des documents remis<sup>1294</sup> ou de la nature et l'ampleur des documents manquants.<sup>1295</sup>

Certes, le principe d'égalité n'oblige à traiter de manière identique que des situations similaires. Dans cette perspective, le souci de réserver l'examen et l'attention du pouvoir adjudicateur aux seules offres ou demandes de participation utiles peut se comprendre. Il n'en demeure pas moins qu'il est généralement difficile d'évaluer définitivement l'aptitude d'un candidat ou d'un soumissionnaire sur la base de renseignements par hypothèse incomplets. Les recommandations d'une circulaire devant s'interpréter conformément à la règle d'égalité, l'écartement immédiat n'est partant admissible à notre sens que lorsque les documents produits à ce stade établissent, à eux seuls, que le candidat ou soumissionnaire ne saurait satisfaire à l'une des exigences de sélection posées, soit que ceux-ci révèlent une cause justifiant d'exclure l'opérateur soit que l'exigence en question ne puisse s'apprécier que sur la base d'un nombre déterminé de documents<sup>1296</sup>, déjà tous en possession du pouvoir adjudicateur.

La distinction, prônée par la circulaire de la Région wallonne, entre les documents manquants relevant de la seule initiative du candidat ou du soumissionnaire et ceux dépendant du concours d'un tiers, ne justifie pas davantage, nous semble-t-il, de restreindre l'invitation à la seconde hypothèse. Le pouvoir adjudicateur n'est en effet pas en mesure de s'assurer que le défaut initial de production des documents, même dépendant de tiers, ne découle pas également de la carence du candidat ou du soumissionnaire concerné.

1294 Circulaire du Premier ministre du 10 février 1998 op. cit., n° 3.6 (« Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel document et preuve ne soit pas remis ou soit ambigu ou incomplet. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant, il s'imposera [...] pour ce qui concerne les causes d'exclusion et la capacité économique, financière et technique, d'examiner si les documents déjà remis permettent de porter une première appréciation positive des candidats ou soumissionnaires. Si c'est le cas, le pouvoir adjudicateur pourrait, en vue de renforcer la concurrence, mais sans pouvoir fixer des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues, demander les documents et preuves non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession », nous soulignons).

1295 Circulaire de la Région wallonne du 21 mai 2001, op. cit., n° 2.1 (« En cas d'absence de certains documents, il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer, en fonction du degré effectif de concurrence et de la nature du document manquant, et tout en tenant compte des éléments déjà disponibles, s'il convient d'exclure le candidat ou le soumissionnaire ou s'il est opportun de lui demander de compléter son dossier. Si la production du document manquant résulte de la seule initiative du candidat ou du soumissionnaire (exemple : déclaration sur l'honneur), le pouvoir adjudicateur doit apprécier l'absence de cette pièce plus sévèrement que si la production dépend d'un tiers (exemple : déclaration bancaire) »); circulaire du Premier ministre du 10 février 1998, op. cit., n° 3.6 (« En l'absence de tout document et preuve ou en l'absence d'un grand nombre d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à l'irrecevabilité des candidatures ou à l'irrégularité des offres ainsi présentées »).

1296 Teils les bilans des trois dernières années, révélant un chiffre d'affaires inférieur au niveau minimal annoncé.

Ensuite, le principe de bonne administration, et plus particulièrement le devoir de minutie qui pèse sur lui, peut contraindre un pouvoir adjudicateur à exercer son pouvoir d'investigation dans certaines circonstances particulières. Ainsi, méconnaît cette exigence l'entité adjudicatrice qui se dispense de s'adresser à un soumissionnaire pour dissiper le doute quant à la date de fin de la référence invoquée, peu lisible sur le certificat produit, avant d'écarter son offre sur cette base.<sup>1297</sup> En revanche, une telle précaution ne s'impose pas en présence de carences importantes des documents présentés.<sup>1298</sup>

Enfin, le recours à cette faculté doit reposer sur des motifs admissibles<sup>1299</sup>, telle la nécessité d'assurer une large concurrence<sup>1300</sup>, devant ressortir, selon nous, de la décision relative à la sélection.

**11. Modalités d'interrogation** - A moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur n'est, faute de texte l'imposant, pas tenu d'envoyer l'invitation aux concurrents concernés par pli recommandé et peut se contenter de leur adresser un fax à cet effet.<sup>1301</sup> De même, l'utilisation d'autres moyens de communication électronique est également envisageable, dans les limites toutefois de la réglementation, qui requiert l'autorisation du candidat ou du soumissionnaire concerné.<sup>1302</sup>

1297 C.E., b.v.b.a. Estate And Landscape Management, n° 189.133, 23 décembre 2008, point 8.2. Cette décision nous paraît devoir être approuvée dès lors que la question concernait une donnée objective certifiée par un tiers, qui se prête difficilement à manipulation.

1298 C.E., s.a. Valenti Garden Company, n° 209.569, 7 décembre 2010 (« que le cahier spécial des charges imposait aux soumissionnaires, en vue de démontrer leur capacité technique, de fournir une liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années qui devait mentionner au moins dix marchés par chacun des six lots; que le cahier spécial des charges requerrait également que les soumissionnaires précisent la date d'exécution des services concernés, leurs montants ainsi que leurs destinataires et qu'ils produisent des pièces justificatives attestant la prestation de ces services; que la liste, produite par la requérante dans son offre, ne comporte pas le nombre exigé de marchés par lot, ne précise pas la date d'exécution des services mentionnés, ni leurs montants; qu'en outre, la requérante n'a pas présenté de pièces justificatives démontrant la prestation de ces services; [...] qu'en raison de la déficience importante de l'offre de la requérante quant à la démonstration de sa capacité technique, les principes généraux, invoqués à l'appui du moyen, n'imposent pas à la partie adverse, à supposer même que dans d'autres circonstances ils aient pu l'y contraindre, [...] de demander à la requérante de compléter son offre sur ce point », nous soulignons). Voy. également, s'agissant de la régularité des offres, C.E., s.a. Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran, n° 156.427, 15 mars 2006 (« [la] faculté de prendre contact avec les soumissionnaires afin de compléter ou de préciser leurs offres ne peut être mise en œuvre lorsqu'il s'agit de rectifier une offre dont les manquements au cahier spécial des charges sont importants en termes tant quantitatifs que qualitatifs »; cette question est traitée plus avant infra, n° 27).

1299 Voy. également Cour des comptes, 158<sup>ème</sup> cahier, op. cit., p. 143 (« la décision du pouvoir adjudicateur de permettre au candidat ou soumissionnaire de déposer un document initialement non transmis doit impérativement être motivée »); Circulaire de la Région wallonne du 21 mai 2001, op. cit., n° 2.1 (« L'attention est attirée sur le fait que la décision du pouvoir adjudicateur de permettre au candidat ou au soumissionnaire de déposer un document manquant doit être sous-tendue par une motivation interne pertinente »). Ces recommandations n'évoquent en revanche pas, du moins expressément, la question de la motivation formelle.

1300 Voy. en ce sens la circulaire du Premier ministre du 10 février 1998, op. cit., n° 3.6.

1301 C.E., b.v.b.a. Norré-Behaegel, n° 195.261, 14 juillet 2009, point 5.2.

1302 Voy. l'article 81ter, §3, de l'A.R. n° 1.



Par ailleurs, l'invitation devra définir, à peine de s'exposer à certaines difficultés<sup>1303</sup>, le délai de réponse, identique<sup>1304</sup>, dont bénéficient les opérateurs contactés et qui, dans le silence des textes, doit être raisonnable.<sup>1305, 1306</sup>

**12. Suite insuffisante ou tardive réservée à la demande** – A l'évidence, le pouvoir adjudicateur demeure fondé à évincer le candidat ou soumissionnaire qui négligerait de donner une suite utile à l'invitation à compléter sa demande de participation ou son offre lacunaire.<sup>1307</sup>

Peut de même être écarté le candidat ou soumissionnaire qui manquerait de transmettre les éléments sollicités dans le délai raisonnable que lui a imparti le pouvoir adjudicateur, spécialement lorsque d'autres opérateurs interrogés ont observé celui-ci.<sup>1308</sup>

**13. Exclusion des éléments prescrits à peine de nullité (?)** – Certains arrêts et auteurs considèrent que la faculté d'interroger les candidats ou soumissionnaires serait exclue à l'égard des exigences prescrites à peine de nullité ou des documents devant obligatoirement être joints à l'offre ou à la demande de participation.<sup>1309</sup>

Cette approche, qui infère une interdiction d'interroger l'opérateur concerné de l'obligation d'écarter l'offre ou la candidature qui ne satisfait pas à certaines exigences, nous paraît cependant critiquable.<sup>1310</sup>

Elle l'est d'autant plus au stade de la sélection qualitative que la réglementation autorise le pouvoir adjudicateur à interroger les opérateurs à propos de documents dont l'absence ou les manquements doivent précisément conduire à évincer leur demande de participation ou leur soumission, et surtout, que la distinction existant entre irrégularité substantielle et relative est sans pertinence au niveau de la sélection qualitative.

**14. Interdiction de prendre en considération des éléments postérieurs** – Si les opérateurs peuvent être invités à fournir des documents ou des précisions complémentaires, ceux-ci doivent se rapporter à leur situation précédant la date de remise des offres ou des demandes de participation, et le pouvoir adjudicateur ne pourra avoir égard aux éléments nouveaux postérieurs à ce moment qui seraient portés à sa connaissance.<sup>1311</sup> Le Conseil d'Etat a ainsi validé l'écartement d'une référence acquise postérieurement à la date de remise des demandes de participation.<sup>1312</sup>

Dans deux arrêts plus anciens concernant le même marché, la Haute juridiction administrative a cependant admis la prise en considération d'une augmentation de capital réalisée après l'échéance du délai de remise des offres.<sup>1313</sup> Cette solution, qui semble inspirée par les circonstances particulières de la cause<sup>1314</sup>, se concilie à notre sens difficilement avec le principe d'égalité.

**15. Contact préalable à la décision relative à la sélection** – L'interrogation des opérateurs concernés et la fourniture des éléments ou des précisions sollicitées doivent bien entendu avoir lieu avant la décision relative à la sélection<sup>1315</sup>, un pouvoir adjudicateur ne pouvant valablement sélectionner un candidat ou un soumissionnaire sur la base de pièces manquantes<sup>1316</sup>, lacunaires, ambiguës ou insuffisantes au regard des exigences des documents du marché.<sup>1317</sup>

**16. Régime particulier des documents accessibles par voie électronique** – Tant dans les secteurs classiques que spéciaux, la réglementation impose, depuis plusieurs années déjà, aux pouvoirs adjudicateurs de récolter par eux-mêmes les renseignements et documents accessibles gratuitement par des

1303 En l'absence de précisions, le pouvoir adjudicateur devra en effet apprécier *a posteriori* le délai admissible, ce qui suscite à la fois des questions sous l'angle de l'égalité entre les opérateurs contactés et un risque accru de contestation des concurrents non interrogés.

1304 Même si l'ampleur et la nature des renseignements demandés sera souvent propre à chaque situation, il nous paraît cependant délicat d'accorder sur cette base un délai différent aux candidats ou soumissionnaires, eu égard à l'exigence d'égal traitement.

1305 Cette condition implique à la fois un délai suffisant pour permettre aux opérateurs normalement diligents de produire les éléments demandés mais non excessif, à peine de privilégier les candidats ou soumissionnaires interrogés, en violation de la règle d'égalité.

1306 Bien que la question soit fonction des circonstances de l'espèce, le pouvoir adjudicateur pourrait à notre sens utilement s'inspirer du délai de douze jours calendrier pour transmettre les justifications demandées en matière de contrôle des prix anormaux et d'incompatibilité (voy. les articles 78, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et § 2, al. 7, et 110, § 3, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. n° 1 et articles 65, § 1<sup>er</sup>, al. 3 et § 2, al. 7, et 98, § 3, al. 1<sup>er</sup>, de l'A.R. n° 2). En tout cas, un délai de quelques jours ouvrables nous semble s'imposer.

1307 C.E., s.a. Abatir, n° 114.071, 20 décembre 2002.

1308 C.E., b.v.b.a. Norré-Behaegel, n° 195.261, 14 juillet 2009, point 5.3. A défaut, l'admission de ces éléments compromettrait en effet l'égalité de traitement à l'égard de ce(s) tiers, comme le relève cette décision.

1309 C.E., s.a. Abatir, n° 101.493, 5 décembre 2001 (« que l'article 20, § 1<sup>er</sup>, [désormais 20, § 3,] de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics autorise le pouvoir adjudicateur à prendre contact avec les soumissionnaires, mais seulement pour compléter ou expliciter les certificats et documents déjà présentés, et non pour réparer une omission que le cahier spécial des charges prévoit expressément de sanctionner par la nullité de l'offre »); C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (klassieke sectoren) – Algemene inleiding* – Gunning van overheidsopdrachten, op. cit., p. 184, n° 6.3. Comp. C.E., s.a. Etablissements Maurice Wanty et s.a. T.R.B.A., n° 200.316, 1<sup>er</sup> février 2010, où la Haute juridiction administrative a admis l'écartement sans interrogation d'un soumissionnaire qui n'avait pas annexé la déclaration sur l'honneur attestant qu'il ne se trouve pas dans une des situations d'exclusion à joindre « obligatoirement à son offre », aux motifs notamment que « l'article 20, § 3, [de l'A.R. n° 1] ne permet pas de régulariser une offre ne respectant pas les modalités et exigences imposées pour son introduction ».

1310 Voy. également *infra*, n° 29.

1311 C.E., n.v. Terra Engineering & Consultancy, n° 167.373, 1<sup>er</sup> février 2007, où la Haute juridiction administrative a rejeté, certes sous le bénéfice de l'extrême urgence, le grief reprochant au pouvoir adjudicateur de n'avoir pas pris en considération l'expérience postérieure au dépôt des candidatures.

1312 C.E., s.a. Les Entreprises Louis De Waele e.a., n° 192.188, 2 avril 2009.

1313 C.E., n.v. Amamo Belgium, 29 juin 2001, n° 97.249, point 3.6.2; C.E., n.v. Rauwers Controle, n° 97.248, 29 juin 2001, point 3.2.2.

1314 Certains ont ainsi pertinemment relevé que l'appréciation du Conseil d'Etat a pu être en partie infléchie par la circonstance qu'aucun soumissionnaire ne produisait de références fort convaincantes et que la capacité financière et économique du soumissionnaire retenu était déjà garantie par son fournisseur, une société multinationale (voy. B. SCHUYSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten », T. Gem., 2005, p. 112, n° 60, note 106).

1315 C.E., s.a. Cicade, n° 150.995, 7 novembre 2005, (« que l'attestation de l'O.N.S.S. du 28 juillet 1999 est postérieure à l'ouverture des offres mais antérieure à la décision d'attribution du marché », nous soulignons); voy. également, s'agissant de la désignation de l'adjudicataire, *infra*, n° 35.

1316 Voy. *supra*, n° 8.

1317 Voy. notamment C.E., o.m. Compagnie d'entreprises CFE s.a. – Tecni Asbest s.a., n° 164.090, 25 octobre 2006; C.E., s.m. Paque-Collignon-Genetec, n° 202.195, 22 mars 2010, *a contrario*.

moyens électroniques<sup>1318</sup>, dans un souci de réduction des formalités. Sont ainsi visés l'attestation de l'Office national de sécurité sociale, les comptes annuels des trois dernières exercices (qui permet généralement de déterminer le chiffre d'affaires global) et l'assujettissement à la T.V.A.<sup>1319</sup>

Si la portée de cette obligation et, plus particulièrement, son articulation avec la règle imposant la mention des documents concernés dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges est incertaine, les textes n'en font pas moins peser une véritable obligation sur l'auteur de la commande, de surcroît astreint à la diligence dans l'obtention d'un accès. Dès lors, comme d'autres l'ont souligné<sup>1320</sup>, un candidat ou un soumissionnaire ne saurait selon nous être sanctionné pour n'avoir pas produit des pièces même exigées mais auxquelles le pouvoir adjudicateur peut avoir accès gratuitement.<sup>1321</sup>

Auparavant, le Conseil d'Etat avait par ailleurs déjà admis que la disposition autorisant, tant dans les secteurs classiques que spéciaux, « le pouvoir adjudicateur [...] à s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale et, le cas échéant, de sécurité d'existence de tout soumissionnaire qu'il estime susceptible d'être déclaré adjudicataire »<sup>1322</sup>, lui permettait d'inviter un soumissionnaire à produire les attestations de sécurité sociale manquantes.<sup>1323</sup>

**17. Initiative possible du soumissionnaire (?)** – Les textes n'envisagent la possibilité de compléter ou de préciser les documents relatifs à la sélection qualitative que sur demande du pouvoir adjudicateur, et ne paraissent dès lors pas laisser de place à l'initiative d'un candidat ou d'un soumissionnaire sur ce plan.

Le Conseil d'Etat a pourtant admis la prise en considération d'un élément, de surcroît postérieur à la date ultime de dépôt des offres, qu'un soumissionnaire a selon toute apparence porté d'initiative à la connaissance du pouvoir adjudicateur.

1318 « Le pouvoir adjudicateur qui a accès gratuitement par des moyens électroniques à des renseignements ou des documents lui permettant [...] de vérifier la situation personnelle et la capacité de candidats ou de soumissionnaires, dispense ces derniers de la communication desdits renseignements ou de la présentation desdits documents. Le pouvoir adjudicateur mentionne les renseignements ou documents qu'il va réclamer par voie électronique dans l'avis de marché ou, le cas échéant, dans le cahier spécial des charges. Il procède lui-même à la demande de ces renseignements ou documents et en consigne les résultats dans les documents du marché » (articles 20, § 4, 46, § 4, et 72, § 5, de l'A.R. n° 1 et 17ter, § 3, 39ter, al. 3, et 60ter, al. 3, de l'A.R. n° 2, tels qu'insérés par un arrêté royal du 20 juillet 2005, et entrés en vigueur au 1<sup>er</sup> octobre 2005).

1319 Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 20 juillet 2005 modifiant trois arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, M.B., 22 août 2005, pp. 36.691-36.692.

1320 B. SCHUTYSER et T. VILLE, « Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen », op. cit., p. 692, n° 1200.

1321 Relevons à cet égard qu'en ce qui concerne l'attestation de l'O.N.S.S., le Rapport au Roi va jusqu'à exhorter le pouvoir adjudicateur qui se trouverait dans l'incapacité de procéder à la consultation électronique, à s'adresser aux services de l'Office afin d'obtenir une attestation papier équivalente (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 20 juillet 2005, op. cit., pp. 36.691).

1322 Articles 90, § 4, de l'A.R. n° 1 et 78, § 4, de l'A.R. n° 2. Ces dispositions, qui s'inscrivent respectivement dans les Titres VI et VII, s'appliquent en effet tant à l'adjudication qu'à l'appel d'offres.

1323 C.E., n.v. Tramo et n.v. Wanty, n° 83.784, 2 décembre 1999, point 2.1.2.1.2. In fine; C.E., s.a. Cicade, n° 150.995, 7 novembre 2005.

cateur.<sup>1324</sup> Pareille approche, de nature à privilégier l'opérateur concerné, nous paraît cependant critiquable, compte tenu de l'interdiction, sauf exception, de prise de contacts.

En toute hypothèse, il appartiendra au pouvoir adjudicateur d'apprécier soigneusement l'admissibilité des tels documents ou précisions complémentaires au regard des considérations évoquées plus haut<sup>1325</sup> et de motiver spécialement sa décision sur ce point. Par ailleurs, l'autorité adjudicatrice qui admettrait une telle intervention d'initiative d'un candidat ou d'un soumissionnaire devrait à notre sens alors, par souci d'égalité, inviter les autres concurrents à lever les lacunes ou les imprécisions affectant les documents de sélection présentés, dans les limites exposées précédemment.<sup>1326</sup>

## B. Les contacts relatifs à la régularité des offres

### 1. La correction des erreurs matérielles ou purement arithmétiques

**18. Généralités** – Dans les secteurs spéciaux comme classiques, la réglementation interne<sup>1327</sup> prévoit qu'avant de désigner l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs de calcul et purement matérielles en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire, par tous moyens en adjudication<sup>1328</sup> ou, en cas de doute, en invitant ce dernier à préciser son offre, dans les procédures d'appel d'offres.<sup>1329</sup>

A la différence d'autres régimes analysés, ce mécanisme tend à une réelle correction, et partant à une modification, des offres déposées, dérogeant par là à leur intangibilité de principe. Cette prérogative d'exception aux implications considérables doit dès lors recevoir une interprétation stricte.

Si les textes régissant chaque mode de passation connaissent certaines dispositions spécifiques, celles-ci peuvent à notre sens s'appliquer également à l'autre procédure<sup>1330</sup>, développant ainsi un régime uniforme en adjudication et en appel d'offres.

1324 C.E., n.v. Amano Belgium, n° 97.249, 29 juin 2001, point 3.6.2; C.E., n.v. Rauwers Controle, n° 97.248, 29 juin 2001, point 3.2.2.

1325 Voy. supra, n° 10 In fine.

1326 Voy. supra, n° 8 à 10.

1327 Les directives de l'Union n'instaurent en revanche pas de mécanisme similaire.

1328 « Avant la désignation de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres sans que sa responsabilité soit engagée par suite de l'existence d'erreurs qui n'auraient pas été découvertes.

Pour rectifier ces erreurs, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire par tous moyens, notamment en analysant l'offre et en comparant ses prix à ceux des autres soumissionnaires ainsi qu'aux prix couramment pratiqués » (articles 111, al. 1 et 2, de l'A.R. n° 1 et 99, al. 1 et 2, de l'A.R. n° 2).

1329 « Avant de procéder au choix de l'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur vérifie les opérations arithmétiques des offres.

Il rectifie les erreurs purement matérielles ou de calcul manifestes et, en cas de doute, il invite par écrit le soumissionnaire à préciser son offre » (articles 114, § 1<sup>er</sup>, de l'A.R. n° 1 et 102, § 1<sup>er</sup>, de l'A.R. n° 2).

1330 En ce concerne plus spécialement le pouvoir d'interroger les soumissionnaires sur la base d'une erreur arithmétique ou purement matérielle en adjudication, voy. infra, n° 21.

**19. Notions d'«erreurs arithmétiques» et «purement matérielles»** – L'erreur arithmétique vise l'inexactitude entachant une opération mathématique dont les composantes de base sont cependant correctes.<sup>1331</sup> L'erreur matérielle s'entend, pour sa part, de l'élément qui diffère clairement de l'intention du soumissionnaire telle qu'elle résulte des éléments intrinsèques de son offre, qu'ils soient contenus dans celle-ci même ou ressortent de son contexte.<sup>1332</sup>

A raison selon nous, le Conseil d'Etat circonscrit ces catégories aux erreurs qui ne prêtent guère à discussion<sup>1333</sup>, et débouté les soumissionnaires qui entendent amener le pouvoir adjudicateur à corriger plus largement les manquements affectant l'offre qu'ils ont établie. La Haute juridiction administrative a ainsi considéré que ne constituait pas une erreur de calcul, l'erreur résultant d'une méprise quant aux implications de certaines prescriptions techniques.<sup>1334</sup> Elle a de même jugé étrangères à la notion d'erreur matérielle l'omission de prix pour un poste dont le montant ne pouvait se déduire sans équivoque des spécifications de l'offre<sup>1335</sup>, la production d'une fiche technique non conforme aux prescriptions techniques en l'absence d'autres indications dans l'offre permettant d'étayer la méprise alléguée<sup>1336</sup>, les modifications inspirées par la pratique appliquée dans la convention en cours avec l'attributaire et qui ne trouve pas d'appui dans le cahier spécial des charges<sup>1337</sup>, le défaut de signature de l'offre<sup>1338</sup> ou encore les corrections appliquées à la suite d'une diminution admise des quantités signalée par un autre soumissionnaire.<sup>1339</sup>

1331 C.E., n.v. *Cleaning De Bree*, n° 155.097, 16 février 2006, point 3.5, impl.; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 545, n° 1443; N. KIEKENS, «Beoordeling en vergelijking van de offertes», op. cit., p. 811, n° 1483.

1332 Voy. C.E., n.v. *Mewaf International*, n° 161.569, 31 juillet 2006, point 3.2.4 («dat het volgens verzoekende partij om een materiële fout gaat van haar, was voor de verwerende partijen helemaal niet zo duidelijk want er werd gewoonweg een technische fiche gevoegd die niet beantwoordde aan de technische voorschriften van het beste; dat verzoekende partij ook niet aangeeft dat verwerende partijen uit bijvoorbeeld een ander deel van de offerte hadden moeten kunnen afleiden dat het zou gaan om een vergissing», nous soulignons); C.E., n.v. *The Berlitz Schools of Languages of Benelux*, n° 203.348, 29 avril 2010, point 7.2 («Voorts dient eveneens te worden vastgesteld dat de ontbrekende prijs niet ondubbelzinnig uit de offerte van verzoekende partij lijkt te kunnen worden afgeleid»).

1333 C.E., n.v. *Cleaning De Bree*, n° 155.097, 16 février 2006, point 3.5 («dat [...] echter is vereist dat een dergelijke fout "kennelijk" moet zijn, meer bepaald een fout waaromtrent nauwelijks discussie mogelijk is»).

1334 C.E., s.a. *Entreprises Jan De Nul e.a.*, n° 139.471, 18 janvier 2005; N. KIEKENS, «Beoordeling en vergelijking van de offertes», op. cit., p. 811, n° 1483; P. TERLUNCK, «Fouten in overheidsbestekken. Recente rechtspraak en een nieuwe richtlijn», *R.W.*, 2004-05, p. 1289, spéc. la jurisprudence citée en note 1288. Comp. C.E., n.v. *Desiré Stadsbader-Flamand*, n° 195.531, 11 août 2009, points 8.2 et 8.3, où la méprise consistait cependant en un amalgame de deux postes distincts, qui pouvait être aisément rectifiée.

1335 C.E., n.v. *The Berlitz Schools of Languages of Benelux*, n° 203.348, 29 avril 2010, point 7.2. Dans ce sens également, Liège, 16 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2004, p. 296; *J.T.*, 2002, p. 111: «Que le pouvoir de correction d'erreur matérielle de l'administration s'entend de celui de correction d'un chiffre, d'un calcul ou d'un report erroné, non de l'insertion de la mention d'un des prix que le soumissionnaire doit indiquer au peine de nullité et qui ne se trouve offert à aucun endroit de la soumission».

1336 C.E., n.v. *Mewaf International*, n° 161.569, 31 juillet 2006, point 3.2.4.

1337 C.E., n.v. *ISS Servisystem Belgium*, n° 91.698, 19 décembre 2000, point 3.3.3 (suspension); C.E., n.v. *ISS Servisystem Belgium*, n° 102.777, 22 janvier 2002, point 3.4.2 (annulation).

1338 C.E., *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*, n° 209.381, 1<sup>er</sup> décembre 2010, point 13.

1339 C.E., s.a. *Oswald Heck*, n° 66.558, 4 juin 1997. Une telle rectification est en effet régie par d'autres dispositions et profite uniquement, en adjudication, aux soumissionnaires qui ont dénoncé l'erreur (voy. les articles 112, § 2, 2<sup>o</sup>, de l'A.R. n° 1 et 100, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de l'A.R. n° 2).

Ont en revanche été admis comme erreur matérielle la mention d'un prix unitaire nul<sup>1340</sup> ou excédant largement la moyenne<sup>1341</sup> pour un poste valorisé dans d'autres parties de l'inventaire, l'expression des prestations dans des unités différentes de celles prescrites par le cahier spécial des charges mais aisément convertibles vers celles-ci<sup>1342</sup>, la remise d'un prix multiplié par les quantités présumées au lieu d'un prix unitaire<sup>1343</sup>, un décalage dans l'encodage des prix de certains postes résultant, comme en atteste la lecture des documents du métré, «d'un «décalage» entre le numéro d'article du métré [de l'adjudicataire] et le métré du pouvoir adjudicateur»<sup>1344</sup> ou la discordance entre le montant exprimé en chiffres et en lettres d'un coefficient de frais généraux.<sup>1345</sup>

La distinction entre erreur arithmétique et matérielle n'est par ailleurs pas toujours aisée à établir en pratique. Dans une espèce devenue contentieuse, un pouvoir adjudicateur avait ainsi réduit le résultat, inexact, d'une opération mathématique. Saisi par un concurrent qui soutenait que la discordance résultait, plus probablement, d'une erreur, purement matérielle, d'une unité dans le prix unitaire proposé, qui aurait dû être analysée plus avant, la Haute juridiction administrative a toutefois rejeté le grief, aux motifs que le montant du prix unitaire était écrit en toutes lettres et qu'en égard aux doutes et aux contestations sérieuses qu'elle a suscitées, l'erreur ne présentait pas l'évidence qu'implique une erreur purement matérielle.<sup>1346, 1347</sup>

**20. Obligation de rectifier** – Si sa responsabilité ne peut être engagée par suite de l'existence d'erreurs qui n'auraient pas été découvertes<sup>1348</sup>, le pouvoir adjudicateur est cependant, comme le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs laissé entendre<sup>1349</sup>,

1340 C.E., n.v. *Cleaning Masters*, n° 167.268, 30 janvier 2007, point 2.3 (suspension); C.E., n.v. *Cleaning Masters*, n° 178.804, 22 janvier 2008, point 3.2.5 (annulation).

1341 C.E., n.v. *Desiré Stadsbader-Flamand*, n° 195.531, 11 août 2009, points 8.2 et 8.3, où l'erreur résultait d'une assimilation induite entre deux postes distincts. Cette décision souligne par ailleurs que la rectification opérée laissait inchangé le montant total de l'offre corrigée.

1342 C.E., c.v.b.a. *Ernst & Young Bedrijfsrevisoren*, 27 septembre 2005, n° 149.414, point 3.3.

1343 C.E., t.h.v. *TV Soglaef-Gillion*, n° 169.271, 22 mars 2007, point 15.3.

1344 C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005. Cet arrêt relève également, à l'appui de sa décision, que la rectification d'une telle erreur n'affecte pas le montant global de l'offre de cette société.

1345 C.E., t.h.v. *Van Rymenant-Ondernemingen M. Delens*, n° 84.379, 23 décembre 1999, point 6.4.2 *in fine*. Cette erreur entachant l'exactitude d'une composante de base de l'opération arithmétique, elle ne pouvait constituer une erreur de calcul.

1346 A la différence de la version française du texte, qui se réfère aux erreurs purement matérielles, la version néerlandaise des articles 111 de l'A.R. n° 1 et 99 de l'A.R. n° 2, applicable aux adjudications, vise les erreurs matérielles manifestes («kennelijk materiële fouten»), à l'instar de l'article 114, § 1<sup>er</sup>, et 102, § 1<sup>er</sup>, des mêmes arrêtés, relatifs aux procédures d'appel d'offres.

1347 C.E., n.v. *Cleaning De Bree*, n° 155.097, 16 février 2006, point 3.5, rendu sur avis contraire du premier auditeur; voy. également M.-A. FLAMME, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique sur la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, pp. 1019-1020, n° 2, où est examiné un exemple similaire.

1348 Articles 111, al. 1<sup>er</sup> et 114, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de l'A.R. n° 1 ainsi que 99, al. 1<sup>er</sup> et 102, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de l'A.R. n° 2.

1349 C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005, («que l'article 114 du même arrêté royal du 8 janvier 1996 permet au pouvoir adjudicateur, *si ce n'est* l'article 114 du même arrêté des offres les erreurs purement matérielles ou de calcul et, en cas de doute, de demander par écrit au soumissionnaire de préciser son offre», nous soulignons). Voy. également déjà, sous l'empire du régime antérieur, C.E., s.a. *Orbeta*, n° 25.470, 14 juin 1985 («qu'en vertu de l'article 31 de l'arrêté royal du 22 avril 1977, l'administration avait le devoir de rectifier l'erreur matérielle manifeste que le soumissionnaire avait commise sur les quantités»).

tenu de corriger les erreurs arithmétiques ou purement matérielles décelées ou portées à sa connaissance<sup>1350</sup>, pour autant que cette erreur soit contrôlable au regard des éléments dont il dispose.

**21. Pouvoir d'interroger les soumissionnaires** – A cette fin, le pouvoir adjudicateur doit rechercher l'intention réelle du soumissionnaire<sup>1351</sup>, même si les textes ne le prévoient pas expressément en appel d'offres.

La rectification de pareilles erreurs doit s'opérer en premier lieu sur la base des éléments dont dispose le pouvoir adjudicateur, notamment par le biais d'une analyse de l'offre en cause ou d'une comparaison de celle-ci avec les autres offres déposées ou avec la pratique du marché.<sup>1352</sup>

Ce n'est qu'en cas de doute<sup>1353</sup>, si ces éléments s'avéraient insuffisants pour procéder à la rectification voulue, qu'il conviendrait de recueillir les observations du soumissionnaire concerné. Si ce procédé n'est expressément prévu qu'en appel d'offres, le Conseil d'Etat a cependant admis que le pouvoir reconnu à l'entité adjudicatrice de rechercher l'intention du soumissionnaire «*par tous moyens*» dans les marchés passés par adjudication, permet également de l'inviter à s'expliquer sur ce point.<sup>1354</sup>

Le pouvoir adjudicateur étant tenu de corriger, dans toute la mesure du possible, les erreurs arithmétiques ou purement matérielles soupçonnées<sup>1355</sup>, la prise de contact nécessaire à cet effet constitue, nous semble-t-il, une obligation dans son chef.

Les soumissionnaires contactés devront par ailleurs bénéficier d'un même délai de réponse, d'une durée raisonnable faute de dispositions particulières, à préciser dans l'invitation qui leur est adressée à cet effet.<sup>1356</sup>

**22. Appréciation des justifications** – Les principes de bonne administration contraignent l'autorité adjudicatrice à exercer ses pouvoirs avec toute la minutie requise et à examiner *in concreto* les précisions circonstanciées qui lui sont

fournies, sans pouvoir les rejeter par des considérations générales.<sup>1357</sup> Ces indications devront corroborer l'existence d'une erreur arithmétique ou purement matérielle et fournir les éléments permettant au pouvoir adjudicateur de procéder à sa correction. Comme relevé plus haut, le Conseil d'Etat se montrera d'autant plus souple quant à l'admissibilité d'une rectification intervenue après interrogation que l'intention avancée par le soumissionnaire est étayée par les éléments de l'offre déposée.<sup>1358</sup>

En revanche, si un doute raisonnable subsiste quant à l'intention réelle du soumissionnaire en dépit des indications qu'il a fournies, aucune rectification ne nous paraît pouvoir être admise faute de possibilité d'en vérifier la réalité. Il en va notamment ainsi en adjudication, lorsque la rectification d'un prix peut, compte tenu des éléments dont dispose le pouvoir adjudicateur, s'opérer dans des sens différents, également plausibles.<sup>1359</sup> Dans ces circonstances particulières, la prise en considération des explications du soumissionnaire lui ouvrirait en effet un choix, inadmissible, quant à la correction à apporter, alors qu'il a connaissance des prix remis par ses concurrents, préalablement proclamés.<sup>1360</sup> En pareilles hypothèses, le pouvoir adjudicateur peut uniquement selon nous rejeter l'offre ou considérer que celle-ci fait foi, comme les arrêtés d'exécution le prévoient d'ailleurs expressément en matière d'adjudication.<sup>1361</sup>

Enfin, en l'absence de réponse du soumissionnaire dans le délai qui lui est imparti, le pouvoir adjudicateur peut soit écarter l'offre comme irrégulière, soit la corriger selon ses propres évaluations.<sup>1362</sup>

**23. Possible initiative du soumissionnaire** – Le Conseil d'Etat a déjà jugé que l'interdiction faite aux soumissionnaires de se prévaloir des erreurs entachant leur offre ne les empêchait nullement de signaler spontanément une erreur

1350 Voy. également en ce sens M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique sur la réglementation des marchés publics*, op. cit., T. 1A, pp. 1023-1027, n° 5-7.

1351 Voy. également en ce sens N. KIEKENS, «*Beoordeling en vergelijking van de offertes*», op. cit., p. 811, n° 1484.

1352 Voy. expressément, en adjudication, les articles 111, al. 2, de l'A.R. n° 1 et 99, al. 2, de l'A.R. n° 2.

1353 Voy., s'agissant des procédures d'appel d'offres, les articles 114, § 1°, al. 2, de l'A.R. n° 1 et 102, § 1°, al. 2, de l'A.R. n° 2.

1354 C.E., t.h.v. TV Soglaaf-Gillion, n° 169.271, 22 mars 2007, point 15.4 («*[w]at het derde middel betreft, lijkt in artikel 111 onder het nagaan van de werkelijke bedoeling van de inschrijver met "alle middelen" ook verstaan te mogen worden dat de inschrijver toelichting wordt gevraagd*»); C.E., n.v. Cleaning Masters, n° 178.804, 22 janvier 2008, point 3.2.5 («*in tegenstelling tot hetgeen de verwerende partij betoogt, zij wel degelijk op grond van het voornoemde artikel 111 verduidelijkingen had mogen vragen aan de verzoekende partij betreffende de betrokken posten, teneinde de werkelijke bedoeling van die partij na te gaan*»). Voy. également D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, op. cit., p. 546, n° 1446; N. KIEKENS, «*Beoordeling en vergelijking van de offertes*», op. cit., p. 812, n° 1487.

1355 Voy. *supra*, n° 20.

1356 Sur cette question et ses implications, voy. plus avant *supra* n° 11, spécialement les notes 49 à 51.

1357 C.E., n.v. Herweyers, n° 166.217, 21 décembre 2006, points 3.3.1 à 3.3.3. Voy. également, en matière de contrôle des prix anormaux, C.E., n.v. Van Gorp's Moderne Wegenbouw, n° 128.792, 4 mars 2004.

1358 Voy. *supra*, n° 19.

1359 Voy. notamment l'hypothèse, évoquée plus haut (n° 19), d'une erreur pouvant affecter tant le prix unitaire que le résultat de sa multiplication par les quantités fixées dans le cahier spécial des charges.

1360 Article 14, al. 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services; articles 106, al. 3, de l'A.R. n° 1 et 94, al. 3, de l'A.R. n° 2. A l'inverse, aucune proclamation n'a lieu dans les marchés passés par appel d'offres et le risque de manipulation évoqué y est dès lors sensiblement réduit.

1361 «*Si [l']intention [réelle du soumissionnaire] n'apparaît pas de façon certaine, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires offerts font foi, soit écarter comme irrégulière l'offre reconnue douteuse*» (articles 111, al. 3, de l'A.R. n° 1 et 99, al. 3, de l'A.R. n° 2). Pour un cas d'application, voy. C.E., s.a. CIT Blaton, n° 116.961, 12 mars 2003 («*que la partie adverse a tenté de procéder, avec soin et minutie, à la vérification des justifications de la requérante, mais n'a pu, malgré cette tentative, en vérifier le bien-fondé; que, notamment, elle n'a pu déterminer dans quelle mesure les autres postes avaient été automatiquement modifiés par le système informatique de la requérante à la suite de l'erreur alléguée; qu'en concluant, sur la base de l'article 111, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, que, pour le poste [concerné], l'offre de la requérante pouvait être écartée parce que douteuse, la partie adverse n'a commis ni erreur de droit, ni erreur de fait, ni erreur manifeste d'appréciation*»).

1362 Bien qu'elle ne soit prévue qu'en matière d'appel d'offres (articles 114, § 1°, al. 2, de l'A.R. n° 1 et 102, § 1°, al. 2, de l'A.R. n° 2), cette solution nous paraît pouvoir être étendue aux procédures d'adjudication, dans lesquelles l'interrogation du soumissionnaire n'est d'ailleurs pas expressément envisagée mais admise en jurisprudence (voy. *supra*, n° 21).

1374 C.E., s.a. Bouygues Belgium et s.a. Groupe Thiran, n° 156.427, 15 mars 2006.



le même élément a été interrogé, permettant ainsi de lever le soupçon d'irrégularité.<sup>1375</sup>

**28. Interdiction de couvrir une irrégularité constatée** – Le rapport au Roi précédant l'A.R. n° 1 précise que les précisions ou les compléments envisagés (par l'article 115) ne peuvent permettre de couvrir une quelconque irrégularité affectant une offre déposée.<sup>1376</sup> La jurisprudence est également fixée en ce sens.<sup>1377</sup> Il s'en suit que si un pouvoir adjudicateur peut, pour juger de la régularité d'une offre, prendre contact avec un soumissionnaire pour dissiper certaines incertitudes ou imprécisions des documents remis par ce soumissionnaire, ces contacts ne peuvent pas permettre au soumissionnaire interrogé de modifier ou de corriger l'offre remise en couvrant le vice d'irrégularité suspecté. Autrement dit, la prise de contacts peut seulement viser à lever le doute existant quant à l'existence d'une irrégularité éventuelle de l'offre; elle ne peut pas aboutir à lever l'irrégularité ainsi dévoilée.

**29. Cas particulier: irrégularité consistant en l'absence de documents** – La jurisprudence tend cependant à admettre une exception à ce qui vient d'être énoncé. Tout en rappelant que sauf disposition légale ou réglementaire expresse et sous réserve de dispositions particulières du cahier spécial des charges, les documents qui accompagnent la soumission doivent normalement être joints à celle-ci lors de son dépôt et ne peuvent être transmis après l'ouverture des offres, elle estime en effet que, face à une offre incomplète, un pouvoir adjudicateur peut demander les documents manquants dans la soumission.<sup>1378</sup> Ces documents doivent cependant l'être avant la comparaison des offres et la décision d'attribuer le marché<sup>1379</sup>, sous peine de subordonner le choix de l'attributaire du marché à un élément inconnu ou qui ne pourra être déterminé qu'au stade de l'exécution du marché.<sup>1380</sup> Cette faculté serait, bien que cette position soit criti-

1375 C.E., s.a. Arces, n° 154.364, 31 janvier 2006.

1376 Dans ce sens également: X, *Les marchés publics. Droits belges et européen*, Charleroi, Quorum, 2000, p. 528. Comp. C.E., s.a. *Etablissements Maurice Wanty*, n° 200.316, 1<sup>er</sup> février 2010, à propos de l'article 20, § 3, de l'A.R. n° 1.

1377 C.E., n.v. *Mewaf International*, n° 161.569, 31 juillet 2006: « de verbetering van een offerte en niet kan toe leiden dat een onregelmatige offerte wordt geregeliseerd ».

1378 C.E., s.a. *Entreprise générale de construction Chauvaux*, n° 199.335, 5 janvier 2010; C.E., s.a. *T.W.T. et s.a. Depret*, n° 198.594, 7 décembre 2009; C.E., s.a. *Etablissements Deltenre*, n° 181.352, 19 mars 2008. Si ces trois arrêts ont été rendus à propos de marchés passés par adjudication, nous pensons que rien ne s'oppose à ce que l'enseignement qui s'en dégage soit, eu égard à la logique qui y préside, étendu à l'appel d'offres. Il serait en effet paradoxal que cette possibilité de réclamer des documents manquant soit exclue dans cette procédure où les arrêts royaux permettent, dans une certaine mesure, la prise de contacts en vue de préciser ou de compléter la teneur d'une offre, alors qu'elle serait admise en adjudication, où aucune disposition légale ou réglementaire ne déroge au principe d'interdiction des contacts.

1379 Cette solution est critiquée, à tort selon nous, par 8. Schuyser, « De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2008-2009) », *T. Gem.*, 2010, p. 93, n° 57, note 76, aux motifs que ce point concerne l'exécution du marché, et que d'éventuels manquements en la matière peuvent être sanctionnés à cette occasion. A suivre ce raisonnement, nombre de non-conformités pourraient être traités de la même manière, ce qui viderait largement l'exigence de régularité technique de son sens.

1380 C.E., s.a. *Entreprise générale de construction Chauvaux*, n° 199.335, 5 janvier 2010; C.E., s.a. *T.W.T. et s.a. Depret*, n° 198.594, 7 décembre 2009; C.E., s.a. *Etablissements Deltenre*, n° 181.352, 19 mars 2008.

quable<sup>1381</sup>, en outre interdite lorsque les documents sont prescrits à peine de nullité<sup>1382</sup> ou lorsque leur omission constitue une irrégularité substantielle.<sup>1383</sup>

**30. Critique** – L'on peut légitimement s'interroger sur la cohérence du système qui interdit que l'offre irrégulière fasse l'objet d'une correction ultérieurement au dépôt des offres, tout en admettant pareille exception prétorienne. Si un soumissionnaire peut régulariser une offre irrégulière par le dépôt de documents manquants, pourquoi ne pourrait-il pas corriger d'autres irrégularités entachant son offre à la demande du pouvoir adjudicateur? L'une et l'autre situation nous paraissent en effet comparables: que l'irrégularité tiende à l'absence de documents ou au défaut de conformité à une autre disposition des documents du marché importe peu. Dans l'un et l'autre cas, l'offre n'est pas conforme aux prescriptions fixées par le pouvoir adjudicateur.

De deux choses l'une, alors: soit on considère que la prise de contact ne peut aboutir à la régularisation d'une offre entachée d'irrégularités quelles qu'elles soient; soit on doit admettre que toute irrégularité non substantielle peut être corrigée à l'initiative du pouvoir adjudicateur. De ces deux propositions, la première devrait être préférée. Elle est en effet la plus conforme au principe cardinal et fermement établi qui interdit de modifier des offres après la date fixée pour le dépôt ou l'ouverture de celles-ci<sup>1384</sup>, sauf exception. Or, la faculté offerte au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec un soumissionnaire n'est prévue que pour préciser ou compléter la teneur d'une offre. Ceci implique que les éléments à apporter soient à tout le moins déjà compris en germe dans la soumission lacunaire.<sup>1385</sup> S'il peut en être ainsi dans certains cas, la correction de l'irrégularité d'une offre ne répondra le plus souvent pas à cette condition.

La demande de documents manquants ne devrait par conséquent être admise que lorsque ceux-ci sont déjà nécessairement impliqués par les documents présentés dans l'offre, afin qu'ils n'en constituent qu'une précision ou un complément autorisés. Pourrait ainsi être autorisé, par exemple, le dépôt de la documentation technique faisant défaut d'un modèle classique de fourniture, dont les caractéristiques sont évoquées dans l'offre (imprimante, photocopieuse, etc.).

1381 L'on ne voit pas en effet pourquoi on devrait refuser au pouvoir adjudicateur de déposer des documents manquants dans les limites du cadre légal pour cette seule raison que l'irrégularité constatée serait substantielle. Raisonner de la sorte aboutit à ajouter aux textes réglementaires.

1382 C.E., s.a. *T.W.T. et s.a. Depret*, n° 198.594, 7 décembre 2009; C.E., n.v. *Wycor*, n° 199.283, 29 décembre 2009, ce dernier arrêt concernant un marché passé par adjudication. Comp. C.E., s.a. *Abatir*, adjudicateur à prendre contact avec les soumissionnaires, mais seulement pour compléter ou expliciter les certificats et documents déjà présentés, et non pour réparer une omission que le cahier spécial des charges prévoit expressément de sanctionner par la nullité de l'offre.

1383 C.E., *Borchers Kreislaufwirtschaft GmbH*, n° 209.381, 1<sup>er</sup> décembre 2010 (défaut de signature); C.E., n.v. *Herbosch-Kiere*, n° 171.003, 10 mai 2007, point 2.5.2. Rapp. N. Kexens, « Beoordeling en vergelijking van de offertes », op. cit., p. 785, n° 1417, pour qui la régularisation d'une irrégularité substantielle ne peut jamais se produire.

1384 Conclusions de l'avocat général Lenz précédant l'arrêt *Commission c. Belgique*, C 87/94, point 29; C.E., s.a. *Win*, n° 181.487, 26 mars 2008; C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005. Cette dernière décision affirme également qu'il n'est pas permis de donner à un soumissionnaire la faculté de corriger son offre.

1385 Voy., *infra*, n° 29.



Même dans ces conditions, cette faculté doit cependant être exercée avec réserve, d'autant qu'elle peut apparaître critiquable au regard du principe d'égalité. Les soumissionnaires admis à déposer, après la date de dépôt des offres, des documents manquants dont la préparation requiert de la préparation – comme des esquisses, par exemple – seraient en effet avantagés par rapport à leurs concurrents, qui n'ont pas bénéficié d'un temps de préparation supplémentaire.<sup>1386</sup>

**31. Contacts à l'initiative du soumissionnaire (?)** – Le pouvoir adjudicateur peut, suivant les modalités ainsi exposées, interroger un soumissionnaire pour qu'il précise ou complète la teneur d'une offre dont la régularité est douteuse, mais le soumissionnaire dispose-t-il pour sa part de la faculté d'interpréter son offre de sa propre initiative afin d'en lever tout doute quant à une irrégularité éventuelle qu'il aurait découverte ?

Compte tenu de la jurisprudence du Conseil d'Etat, cette démarche devrait à notre sens être permise jusqu'à l'ouverture des offres, bien qu'elle puisse prêter le flanc à la critique sur le plan des principes. L'on pourrait soutenir qu'il puisse en aller de même après l'ouverture des offres, si ce n'est bien entendu que le pouvoir adjudicateur ne peut tenir compte des précisions qui aboutissent à modifier l'offre.<sup>1387</sup> Le pouvoir adjudicateur ne devrait toutefois donner suite à cette initiative que s'il accepte les précisions apportées dans les mêmes limites par d'autres soumissionnaires qui se trouvent dans une situation analogue et consent à interroger les autres soumissionnaires dont la régularité de l'offre apparaît douteuse, bien qu'ils ne se soient pas manifestés.

Une régularisation spontanée de l'offre paraît, par contre, nettement plus délicate pour différentes raisons, outre celles exposées plus haut.

Si elle intervient avant l'ouverture des offres, elle pourrait être interprétée, bien que cela soit contestable<sup>1388</sup>, comme valant dépôt d'une seconde offre, laquelle entraînerait l'irrégularité de l'ensemble des soumissions lorsque le dépôt de variante n'est pas permis. L'attitude la plus prudente consiste, par conséquent, à procéder au retrait de la soumission irrégulière, et, ensuite, à déposer une nouvelle offre régularisée.

Après l'ouverture des offres, un soumissionnaire ne peut par ailleurs modifier sa soumission.<sup>1389</sup> Or, la correction d'une offre entachée d'irrégularité emporte sa modification. En outre, admettre qu'un soumissionnaire puisse régulariser sa soumission de sa propre initiative après la date d'ouverture des offres lui confè-

1386 Voy. également en ce sens B. SCHUYSER et T. VILLÉ, « Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen », *op. cit.*, p. 743, n° 1328; B. SCHUYSER, « De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten », *T. Gem.*, 2005, p. 112, n° 61, note 107.

1387 Rapp. M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, p. 313.

1388 Voy. A. VANDEBURIE et R. VAN MELSEN, « Offre de base et variantes : notions et régime dans la réglementation sur les marchés publics », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP, 2010, pp. 723-752, n° 4.

1389 C.J.C.E., *Commission c. Belgique (bus wallons)*, 25 avril 1996, C-87/94, points 54-60.

rerait un avantage sur ses concurrents, notamment parce qu'il disposerait de davantage de temps pour préparer et déposer son offre. Il s'en suit que le pouvoir adjudicateur ne saurait tenir compte d'éléments que lui communiquerait de sa propre initiative un soumissionnaire en vue de la réfection de son offre.

### C. Les contacts au stade de la comparaison des offres

#### 1. Les demandes tendant à faire préciser ou compléter la teneur des offres

**32. Généralités** – Il n'est pas rare que lorsqu'elle procède à l'évaluation et à la comparaison des offres, l'autorité s'interroge sur la qualité intrinsèque de l'une ou de l'autre d'entre elles. Afin de pouvoir statuer en pleine connaissance de cause, la réglementation applicable lui permet de prendre contact avec le ou les soumissionnaire(s) concernés afin d'écarter certaines incertitudes ou imprécisions des documents remis.

Tous types de contacts ne sont toutefois pas permis. Si l'article 115, alinéa 6, de l'A.R. n° 1 et l'article 103, alinéa 6, de l'A.R. n° 2 permettent au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec les soumissionnaires, c'est uniquement pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre. Les précisions ou compléments qui peuvent être apportés, en appel d'offres comme en adjudication<sup>1390</sup>, par un soumissionnaire ne l'autorisent toutefois pas à modifier<sup>1391</sup> ou à corriger son offre<sup>1392</sup>, ni à l'améliorer.<sup>1393</sup>

**33. « Préciser ou compléter la teneur de l'offre »** – Préciser, c'est apporter des explications sur ce qui figure déjà dans l'offre; c'est, comme l'enseigne M.-A. FLAMME, « apporter tout éclaircissement, c'est mieux déterminer ce qui se révèle vague ou douteux ou qui paraît pouvoir se concrétiser selon des modalités diverses, c'est fixer ou exprimer des détails, c'est dissiper les équivoques de langage, expliquer ce qui était impliqué mais omis dans la description présentée, c'est réexpliquer ou redresser une explication déficiente ou erronée, etc. ». <sup>1394</sup> Autrement dit, la demande de précisions doit – et ne peut que –, permettre au soumissionnaire de fournir des éléments décrivant plus clairement l'objet en question, ou qui le définissent avec une plus grande exactitude.<sup>1395</sup>

1390 Voy. *supra*, n° 26.

1391 C.E., n.v. *The Berlitz Schools of Languages of Benelux*, n° 203.348, 29 avril 2010; C.J.C.E., *Commission c. Belgique (bus wallons)*, 25 avril 1996, C-87/94, pt 54-60; M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, p. 313; X, *Les marchés publics. Droits belges et européen*, *op. cit.*, p. 528.

1392 C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005.

1393 C.E., n.v. *Fire Technics*, n° 164.972, 21 novembre 2006; C.E., n.v. *Fire Technics*, n° 164.973, 21 novembre 2006: le Conseil d'Etat y constate qu'en modifiant son offre après l'ouverture des plis, le requérant a déposé deux offres, alors que le cahier spécial des charges interdit le dépôt de variantes, ce qui entraîne l'irrégularité de la soumission dans son ensemble.

1394 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, *op. cit.*, p. 1079.

1395 Conclusions de l'avocat général Lenz précédant l'arrêt *Commission c. Belgique*, C-87/94, point 37.

Corrélativement, le soumissionnaire peut uniquement compléter la teneur de l'offre et non pas l'offre elle-même, ce qui n'est pas la même chose.<sup>1396</sup> Ne constituant pas une exception à l'interdiction de modifier une offre après son ouverture, la possibilité ainsi offerte au soumissionnaire doit s'accommoder des limites qui résultent de ce principe. Un soumissionnaire ne peut, par conséquent, apporter des éléments manquants qui n'étaient pas déjà au moins implicitement présents dans son offre. En apportant des éléments qui sont étrangers à son offre, même en germe, il modifierait en effet nécessairement celle-ci, ce qui lui est interdit. Les seuls éléments manquants pouvant être fournis par le soumissionnaire doivent par conséquent s'inscrire dans la suite logique de ceux déjà déposés ou, en d'autres termes, être impliqués nécessairement par l'offre et donc, bien qu'omis, être virtuellement compris dans celle-ci.<sup>1397</sup>

Tel semble être le cas, par exemple, lorsque le pouvoir adjudicateur demande à un soumissionnaire de lui fournir des précisions sur un prix manquant dans l'offre – et donc, en réalité, de compléter cette offre –, mais qu'il ressort des précisions apportées par le soumissionnaire que ce dernier avait indiqué, à un autre endroit, remettre un seul prix pour ce type de poste applicable, sauf contre-indication, à tous les autres postes de contenu identique ou similaire, tel le poste litigieux.<sup>1398, 1399</sup> Dans ce cas de figure, les réponses d'un soumissionnaire à une demande d'éclaircissements émanant du pouvoir adjudicateur peuvent être qualifiées de précisions sur le contenu de l'offre. Par contre, les précisions du soumissionnaire devraient être considérées comme l'insertion d'un nouveau prix offert pour le poste concerné s'il n'existait aucun poste similaire ou si le soumissionnaire n'avait pas entendu se référer au prix de ces postes. Dans ce cas de figure, ces précisions dépasseraient le cadre du contact admis puisqu'elles modifieraient la teneur de l'offre initiale.<sup>1400</sup>

#### 34. Faculté, dans les limites des exigences d'égalité, de bonne administration et de motivation – Cette faculté de prendre contact ne peut, on l'a déjà

1396 Cette distinction permettrait de comprendre l'arrêt de la Haute juridiction administrative affirmant, malgré le prescrit de l'article 115, alinéa 5, de l'A.R. n° 1 : « dat het aanvullen van een offerte niet is toegestaan » (C.E., n.v. Mewaf international, n° 161.569, 31 juillet 2006).

1397 Comp. avec les conclusions de l'avocat général Lenz concernant l'arrêt Commission c. Belgique, C-87/94, point 37, pour qui les deux termes – « préciser » et « compléter » la teneur des offres, termes visés dans une déclaration commune du Conseil et de la Commission ad article 15 de la directive (JO 1990, L 297, p. 48) – ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre.

1398 Voy. T.P.I.U.E., *Antwerpse Bouwwerken NV*, T-195/08, 10 décembre 2009.

1399 Cette possibilité de prendre contact avec les soumissionnaires dans ce cas de figure est toutefois exclue dans le cadre des marchés de travaux, compte tenu des articles 112, § 4, et 114, § 3, de l'A.R. n° 1, et des articles 100, § 4, et 102, § 3, de l'A.R. n° 2.

1400 Rapp. C.E., n.v. *The Berlitz Schools of Languages of Benelux*, n° 203.348, 29 avril 2010; C.E., n.v. *ISS Servisystem Belgium*, n° 102.777, 22 janvier 2002. Dans cette seconde affaire, le pouvoir adjudicateur avait permis, à tort selon le Conseil d'Etat, à un soumissionnaire qui n'avait pas indiqué dans son offre le taux horaire prévu pour certaines prestations alors que les documents du marché l'exigeaient, de corriger son offre en fixant ce taux horaire, lorsque l'offre déposée ne permettait pas de le déterminer. Comp. toutefois, avec C.E., v.z.w. *Mensura*, n° 166.326, 28 décembre 2006, où la Haute juridiction administrative valide la décision de l'autorité adjudicatrice d'interroger les soumissionnaires qui n'avaient pas indiqué dans leur offre le prix unitaire de certaines prestations spécifiques non comprises dans le forfait global (pour une critique de cette décision, voy. B. Schumser, « De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2006-2007) : een overzicht », T. Gem., 2008, p. 191, n° 87).

relevé<sup>1401</sup>, être mise en œuvre que dans le respect du principe d'égalité et les limites du raisonnable; elle doit, en outre, faire l'objet d'une décision motivée.

Le principe d'égalité entre les soumissionnaires est violé lorsque le pouvoir adjudicataire demande, à bref délai, les résultats d'un test, non fournis dans l'offre d'un soumissionnaire, mais tient compte de résultats de test transmis de sa propre initiative dans un délai plus long par un concurrent, que l'autorité s'était abstenue d'interroger sur ce point.<sup>1402</sup>

Ce principe n'impose pas toutefois au pouvoir adjudicateur de prendre contact avec les autres soumissionnaires dès le moment où il estime que les offres de ces concurrents n'appellent pas de précisions ou d'interrogations, car une telle lecture du principe d'égalité priverait la disposition en question de toute portée utile.<sup>1403</sup>

Si la réglementation applicable ne fixe pas de restriction quantitative aux contacts autorisés<sup>1404</sup>, ceux-ci ne sont pas sans limite. Ils deviennent ainsi inutiles, et par suite prohibés, lorsque l'offre du soumissionnaire interrogé est suffisamment précise, de sorte que les « précisions » sollicitées tendent en réalité à permettre de modifier l'offre.<sup>1405</sup>

35. **Préalable à la comparaison et à l'attribution** – Toute prise de contact ne peut, on l'a déjà dit<sup>1406</sup>, être mise en œuvre qu'avant la comparaison effective des offres et donc l'attribution du marché.<sup>1407</sup>

36. **Objet et modalités d'interrogation** – Il n'est pas possible d'énumérer ici tous les types de demande de précisions qui peuvent être formulées afin de permettre au pouvoir adjudicataire d'apprécier la qualité des offres. Celles-ci peuvent porter sur les modalités du système proposé, les composantes exactes d'un produit, le nombre de personnes affectées à la réalisation du service objet du marché, etc...

La réglementation applicable ne limite pas les types de contacts autorisés, ni n'impose de modalités particulières quant au mode de communication à employer. Afin d'apprécier concrètement la fonctionnalité du système proposé dans l'offre du soumissionnaire, un pouvoir adjudicateur peut ainsi visiter des établissements équipés avec du matériel provenant de l'un des soumissionnaires.<sup>1408</sup>

1401 Voy. *supra*, n° 5, 6, 10 et 27.

1402 C.E., n.v. *MSA Belgium*, n° 165.234, 28 novembre 2006.

1403 C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005.

1404 *Ibid.*

1405 C.E., n.v. *ISS Servisystem Belgium*, n° 102.777, 22 janvier 2002; C.E., n. v. *Baeck & Jansen*, n° 191.370, 12 mars 2009. Dans cette dernière affaire, le pouvoir adjudicateur avait jugé utile d'interroger une deuxième fois le soumissionnaire alors que la réponse à la première question posée était claire et précise.

1406 Voy. *supra*, n° 29.

1407 C.E., s.a. *Etablissements Deltenre*, n° 181.352, 19 mars 2008; C.E., s.a. *T.W.T. et s.a. Depret*, n° 198.594, 7 décembre 2009; C.E., s.a. *Entreprise générale de construction Chauvaux*, n° 199.335, 5 janvier 2010.

1408 C.E., s.a. *Modal Voice Networks*, n° 152.843, 16 décembre 2005.

Les demandes d'information ne peuvent toutefois être adressées directement à un sous-traitant du soumissionnaire.<sup>1409</sup> Si les formes de communication sont libres, elles doivent cependant être identiques pour tous les soumissionnaires. L'invitation devra en outre définir un délai de réponse raisonnable et identique pour l'ensemble des personnes interrogées, dans lequel les précisions demandées doivent être communiquées.

**37. Interdiction de prendre en considération des éléments postérieurs** – Les précisions ou compléments d'information demandés au soumissionnaire ne l'autorisent cependant pas à se prévaloir d'éléments survenus postérieurement à la date de remise des offres.<sup>1410</sup>

**38. Contacts à l'initiative du soumissionnaire (?)** – Bien que cela ne soit pas prévu dans l'état actuel des textes, on admet néanmoins qu'un soumissionnaire précise de sa propre initiative son offre afin de permettre d'en apprécier plus exactement les qualités, sans toutefois que de telles précisions ne puissent aboutir à une modification de l'offre<sup>1411</sup>, ni en couvrir la ou les irrégularités.<sup>1412</sup>

Comme indiqué plus haut<sup>1413</sup>, l'admission de ces précisions contraindra alors le pouvoir adjudicateur, d'une part, à prendre en considération les précisions fournies par d'autres soumissionnaires qui se trouvent dans une situation analogue et, d'autre part, à interroger, dans les mêmes limites, les autres soumissionnaires dont l'offre est également sujette à caution mais qui ne se sont pas manifestés, à peine de rompre l'égalité de traitement.

**39. Sort des précisions modifiant l'offre** – L'on considère généralement que lorsque les précisions apportées par un soumissionnaire à son offre ont pour effet d'en modifier la teneur, celle-ci doit être écartée, au motif que cette modification devrait s'analyser comme valant dépôt d'une seconde offre, ce qu'interdisent l'article 103 de l'A.R. n° 1 et l'article 91 de l'A.R. n° 2 en-dehors de la remise autorisée de variantes.<sup>1414</sup>

Si les éléments modifiant l'offre doivent bien entendu être rejetés, on peut toutefois s'interroger sur le sort ainsi réservé à l'offre dans son ensemble. Il se justifie certes que, lorsqu'un soumissionnaire dépose plus d'une offre, non autrement spécifiées, avant l'ouverture des soumissions, le pouvoir adjudicataire doive toutes les écarter. Il ne peut en effet savoir laquelle de celles-ci constitue l'offre de base, à retenir. Or, lorsqu'une modification intervient après l'ouverture des offres, le pouvoir adjudicateur peut clairement identifier l'offre de base. L'on

1409 C.E., n.v. *FDA Architecten & Ingenieurs*, n° 155.098, 16 février 2006.

1410 C.E., n.v. *DC Industrial*, n° 204.599, 3 juin 2010. *Contra* conclusions de l'avocat général Lenz précédant l'arrêt Commission c. Belgique, C 87/94, point 37, pour qui le terme « compléter » renvoie à l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles.

1411 M.-A. FLAMME, Ph. MATHEL, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 313. Rapp. N. KIEKENS, « Beoordeling en vergelijking van de offer-tes », op. cit., p. 836 (impl.).

1412 Voy. *supra*, n° 28.

1413 Voy. *supra*, n° 17 et 28.

1414 B. SCHUYTSEYER et T. VILLÉ, « Het voorbereiden en indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte door ondernemingen », op. cit., p. 755.

peut, dès lors, se demander si, dans ce cas de figure, il ne conviendrait pas plutôt d'écarter la modification de l'offre, et de tirer les conséquences de l'absence de réponse aux demandes de précisions formulées par le pouvoir adjudicateur.

## 2. L'équivalence des offres régulières

**40. Régime** – Le pouvoir adjudicateur peut également prendre contact avec les soumissionnaires lorsque les offres régulières déposées sont équivalentes. Il doit même, en adjudication, agir de la sorte.

Les articles 113, al. 4, de l'A.R. n° 1 et 101, al. 3, de l'A.R., n° 2 prévoient en effet que lorsqu'il est constaté que plusieurs soumissionnaires ont proposé le même prix le plus bas, ils sont invités à déposer une offre écrite de rabais. Si par la suite subsiste encore une parité des prix, le pouvoir adjudicateur procède à un tirage au sort auquel les intéressés sont priés d'assister.

En appel d'offres, les articles 115, al. 7, de l'A.R. n° 1 et 103, al. 7, de l'A.R. n° 2 permettent au pouvoir adjudicateur, dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues, tous éléments considérés, pour équivalentes, de demander aux soumissionnaires de présenter des propositions d'amélioration de leur offre, afin de les départager. En pratique, l'on voit mal comment le pouvoir adjudicateur pourrait se passer, sauf à renoncer à passer le marché, à recourir à cette « faculté » avant d'attribuer le marché. Autrement dit, s'il veut passer le marché, il doit inviter tous les soumissionnaires ayant déposé une offre équivalente à présenter des améliorations.<sup>1415</sup>

**41. Equivalence parfaite** – Ce pouvoir n'est offert qu'en présence d'offres parfaitement équivalentes, tous éléments considérés.<sup>1416</sup> L'hypothèse apparaît dès lors rarissime en pratique, spécialement en cas de pondération des critères d'attribution désormais obligatoire en principe pour les marchés dépassant les seuils de publicité européenne. Lorsqu'elle se rencontre, la décision concluant à une équivalence d'offres dans une procédure d'appel d'offres doit être motivée par le pouvoir adjudicateur.<sup>1417</sup>

**42. Objet des propositions d'améliorations** – Le Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 1 précise que les propositions d'amélioration des offres peuvent porter sur tous les critères, y compris le prix.<sup>1418</sup> Le pouvoir adjudicateur pourrait donc limiter sa demande d'amélioration à certains, voire à un seul, éléments de l'offre qui servent à son évaluation, et ne serait pas tenu de faire porter les propositions d'améliorations sur tous ces critères.

1415 C.E., n.v. *Projektbureau Signa*, n° 80.694, 8 juin 1999; C.E., n.v. *ISS Servisystem Belgium*, n° 91.698, 19 décembre 2000.

1416 En cela, cette faculté se différencie de celle permise en procédure négociée, où le pouvoir adjudicateur peut tenir pour équivalentes des soumissions dont la notation finale ne varie que de quelques centièmes de point: C.E., s.a. *N.S.I.*, n° 153.035, 21 décembre 2005.

1417 Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 1.

1418 *Contra* M.-A. FLAMME, Ph. MATHEL, Ph. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, op. cit., p. 1079.

L'on peut se demander si cette liberté d'appréciation n'ouvre pas la porte à des manipulations du pouvoir adjudicateur tendant à favoriser un soumissionnaire au détriment des autres en retenant, par exemple, des éléments où la qualité des offres respectives n'est pas équivalente mais nettement moindre (et partant plus aisément perfectible) dans le chef du soumissionnaire qu'il entend avantager.

En pratique, il paraît également peu envisageable de limiter la possibilité d'améliorer une offre à un seul élément, sauf peut-être le prix. L'offre forme en effet un tout. Il semble ainsi difficile de demander, par exemple, des améliorations techniques sans permettre aux soumissionnaires de revoir leur prix.

En toute hypothèse, la proposition d'amélioration doit se rapporter à des éléments contenus dans l'offre initiale et par conséquent à l'objet du marché, sans quoi serait violée l'interdiction de présenter de(s) (nouvelles) variantes.<sup>1419</sup>

## Conclusion

43. L'on mesure d'emblée les conséquences négatives qu'une ouverture plus grande des prises de contacts autorisées entre pouvoir adjudicateur et candidats ou soumissionnaires, pourrait avoir sur l'égalité de traitement de ces derniers. L'état du droit actuel, même s'il peut paraître sévère à certains égards, nous paraît, de ce point de vue satisfaisant. Certains ne manqueront certes pas de relever qu'à nouveau la réglementation sur les marchés publics tend à éloigner le comportement du client-pouvoir adjudicateur de celui d'un opérateur économique ordinaire, alors qu'elle ambitionne pourtant de l'en rapprocher. C'est nous semble-t-il le prix à payer pour sauvegarder l'égal accès à la commande publique.

Si l'état du droit actuel applicable en la matière semble fermement établi dans l'ensemble, il n'est toutefois pas exclu qu'il évolue dans les années à venir sous la pression de la jurisprudence de la Cour de justice. Si les droits des opérateurs économiques pourrait s'en trouver ainsi renforcés, l'action des pouvoirs adjudicateurs risque d'en être considérablement alourdi et retardée, et la protection des concurrents contre la partialité réduite. Aussi ne devrait-on à notre sens admettre que quelques corrections à la marge du système actuel, sans quoi c'est le bon déroulement de la passation des marchés publics qui pourrait être enraillé.

1419 C.E., *n.v. Waste Collection Systems Belgium*, n° 82.143, 26 août 1999 ; C.E., *n.v. Outside Broadcast*, n° 191.746, 29 mars 2009.